



Le nouveau droit de l'arbitrage et de la médiation en Afrique [Ohada]

Narcisse AKA, Alain FÉNÉON et Jean-Marie TCHAKOUA



VISIT...

LANZAROTE
Caliente.COM

Narcisse AKA

Avocat, Secrétaire général du Centre d'arbitrage de la CCJA

Alain FÉNÉON

Avocat honoraire au Barreau de Paris

Arbitre – Médiateur

Jean-Marie TCHAKOUA

Professeur agrégé à l'Université de Yaoundé II

Arbitre

Le nouveau droit de l'arbitrage et de la médiation en Afrique (Ohada)

*Commentaires de l'Acte uniforme relatif au droit
de l'arbitrage, du Règlement d'arbitrage de la CCJA
et de l'Acte uniforme relatif à la médiation,
du 23 novembre 2017*

LGDJ une marque de
lextenso

Dans la même collection

AKA N., FÉNÉON A., TCHAKOUA J.-M., *Le nouveau droit de l'arbitrage et de la médiation en Afrique (Ohada), Commentaires de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, du Règlement d'arbitrage de la CCJA et de l'Acte uniforme relatif à la médiation, du 23 novembre 2017*, 2018.

FÉNÉON A., *Droit des sociétés en Afrique (Ohada)*, 2^e éd., 2017.

FÉNÉON A., *Guide de l'administrateur de société en droit OHADA*, 2016.

LAURIOL T., RAYNAUD E., *Le droit pétrolier et minier en Afrique*, 2016.

MBA-OWONO Ch., *Droit communautaire des affaires de la CEMAC*, 2016.

PIETTE-COUDOL T., *Le numérique au service du droit de l'OHADA et des États parties*, 2016.

© 2018, LGDJ, Lextenso éditions
70, rue du Gouverneur Général Éboué
92131 Issy-les-Moulineaux Cedex
ISBN : 978-2-275-06076-7



Les auteurs

Narcisse AKA

Deuxième partie du présent ouvrage, Commentaires du Règlement d'arbitrage de la CCJA

Acte uniforme Ohada sur le droit de l'arbitrage annoté et commenté, Abidjan, juin 1999

Guide de l'arbitrage de la CCJA-Ohada, Abidjan, avril 2017

Guide de l'arbitrage de la CCJA-Ohada, Abidjan, mai 2018

Alain FÉNÉON

Troisième partie du présent ouvrage, Commentaires de l'Acte uniforme relatif à la médiation du 23 novembre 2017

Commentaires de l'Acte uniforme Ohada sur l'arbitrage, Edicef, 1999

Droit de l'arbitrage dans l'espace Ohada, en collaboration avec le professeur P.-G. POUGOUÉ et le professeur J.-M. TCHAKOUA, Presses universitaires d'Afrique, 2000

Guide de l'administrateur de société anonyme en droit Ohada, LGDJ, 2016

Droit des sociétés en Afrique (Ohada), LGDJ, 2^e éd., 2017

Jean-Marie TCHAKOUA

Première partie du présent ouvrage, Commentaires de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage du 23 novembre 2017

Droit de l'arbitrage dans l'espace Ohada, en collaboration avec le professeur P.-G. POUGOUÉ et Maître A. FÉNÉON, Presses universitaires d'Afrique, 2000

Introduction générale au droit camerounais, L'Harmattan, Paris, 2017

Les grandes décisions du droit du travail et de la sécurité sociale (dir.), Jusprint, Yaoundé, 2016

Préface

Plusieurs études récentes démontrent que la pratique des modes alternatifs de règlement des litiges (MARL) connaît un engouement croissant, autant comme réponse aux insuffisances des systèmes judiciaires qu'en raison de leurs qualités propres. Les entreprises interrogées, de toutes tailles et de tous les secteurs d'activités, se sont très majoritairement déclarées satisfaites par le recours aux MARL ; mieux encore, elles ont précisé qu'elles entendaient y recourir à l'avenir pour le règlement de leurs différends d'affaires. C'est dire qu'au-delà du présupposé théorique et de la perception empirique, il existe des indices scientifiques de ce que la gestion optimisée des litiges par le recours aux modes alternatifs de règlement des différends améliore significativement les performances des entreprises.

À cet égard, on ne peut que se féliciter de la clairvoyance des pères fondateurs de l'Ohada qui, dès le Traité constitutif du 17 octobre 1993, avaient clairement mentionné la nécessité de promouvoir l'arbitrage comme instrument de règlement des contentieux d'affaires et consacré tout un titre à l'institution d'un système d'arbitrage fort original à la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA). En application du Traité, un Acte uniforme organisant le droit commun de l'arbitrage a été édicté le 11 mars 1999, en même temps qu'était adopté le Règlement d'arbitrage de la CCJA.

Après une quinzaine d'années d'application de ces textes, le Conseil des ministres a, lors de sa session des 25 et 26 juillet 2014, autorisé le Secrétariat permanent à les évaluer afin d'identifier les pistes d'amélioration, en lien avec la médiation. Les travaux subséquemment conduits à travers une évaluation rigoureuse et un processus largement participatif ont permis d'adopter, le 23 novembre 2017, les textes révisés sur l'arbitrage. Par la même occasion, le Conseil des ministres a adopté un dixième Acte uniforme consacré à la médiation. Il est, en effet, apparu qu'en raison de sa nature et de ses caractéristiques propres, profondément différentes de celles de l'arbitrage, la médiation est un instrument particulièrement adapté à la pratique contemporaine des affaires. Or, seuls trois États membres de l'Ohada avaient légiféré sur la question à la date du 23 novembre 2017, de sorte

qu'il fallait combler le vide juridique défavorable au développement de ce procédé amiable de règlement des différends.

C'est donc un corpus juridique entièrement rénové que les auteurs s'emploient à dévoiler à travers le présent ouvrage, premier du genre, qui paraît quelques semaines seulement après l'entrée en vigueur, le 15 mars 2018, des nouveaux textes. Mais les mérites de l'œuvre vont bien au-delà de cette figure de pionnier.

L'approche technique retenue rend l'ouvrage de consultation aussi agréable qu'aisée. Un rappel sommaire des grandes questions théoriques, des différentes approches conceptuelles, de l'état de la législation antérieure ainsi que des innovations majeures permet une immersion en douceur du lecteur dans les nouveaux textes présentés. Chaque disposition est, ensuite, commentée et illustrée, sans occulter les principaux débats doctrinaux ainsi que les applications jurisprudentielles auxquels elle a pu donner lieu. Le droit international, les droits internes des pays membres de l'Ohada, les droits étrangers et la jurisprudence comparée sont généreusement mis à contribution pour éclairer et, le cas échéant, interroger, voire discuter les solutions retenues par le législateur Ohada.

La qualité technique de l'ouvrage se recommande du seul profil des auteurs, qu'on ne présente plus : le professeur Jean-Marie Tchakoua, spécialiste reconnu de l'arbitrage Ohada auquel il a consacré des travaux de haute facture, a commenté le nouvel Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage ; Maître Alain Fénéon, arbitre et médiateur pétri d'expérience, par ailleurs bien connu dans le monde de la littérature et de l'édition juridiques sur l'Ohada, s'est chargé de présenter le nouvel Acte uniforme relatif à la médiation ; enfin, Maître Narcisse Aka, Secrétaire général du Centre d'arbitrage de la CCJA depuis plus de quatre ans et ancien Secrétaire général de la Cour d'arbitrage de Côte d'Ivoire (CACI) a commenté le Règlement d'arbitrage de la CCJA, avec une légitimité technique que nul ne songerait à lui dénier !

Je tiens à féliciter chaleureusement les auteurs, dont l'œuvre contribuera assurément à la promotion des MARL comme levier du sain développement des entreprises dans l'espace Ohada. Je souhaite vivement à leur ouvrage pionnier de connaître autant de succès que j'ai eu de plaisir à le préfacer.

Professeur Dorothé C. SOSSA
*Agrégé des facultés de droit,
Professeur titulaire de droit privé, ancien ministre,
Doyen honoraire, Avocat, Secrétaire permanent de l'Ohada*

Avant-propos

Les signes évidents du manque de confiance des justiciables en une justice étatique en déliquescence sont nettement perceptibles dans une enquête d'opinion effectuée par AfroBaromètre en mars 2017. Cette enquête n'a d'ailleurs pas pu échapper aux auteurs de ce bel ouvrage, tous d'origine africaine ou « africaniste », doublée d'une longue et riche carrière de praticiens du droit et de l'arbitrage, en tant qu'arbitre et conseil réputé et « administrateur » rompu de l'arbitrage pour deux d'entre les auteurs et d'enseignant féru du droit et de l'arbitrage pour le troisième. L'enquête ci-dessus a concerné 53 935 personnes, ressortissantes de 36 pays africains. L'étude indique qu'au nombre de ces personnes, près de la moitié, soit 43 %, n'ont pas confiance en la justice, plus d'un tiers, soit 33 %, estiment que les juges sont corrompus et seulement 13 % disent avoir eu l'occasion de régler leurs litiges par-devant les tribunaux durant les cinq dernières années. Ces chiffres inquiétants ne pouvaient laisser les pouvoirs publics sans réactions. Alors que de nombreuses actions ont été entreprises pour reformer la justice étatique ça et là, en changeant de système judiciaire, totalement ou partiellement, il apparaît que ces actions ont été inefficaces, voire insignifiantes. Dès lors, dans le but de poursuivre l'objectif de sécurisation judiciaire au sein d'une communauté juridique qui a bien satisfait son autre objectif de création d'un droit uniforme dans les différentes matières s'appliquant aux affaires, il fallait imaginer d'autres modes alternatifs de règlement du contentieux des affaires de plus en plus vaste et complexe.

Les Institutions de l'Ohada l'avaient annoncé depuis 1999 et ce n'est qu'en 2017 que le Conseil des ministres auquel j'ai pris part, en ma qualité de garde des Sceaux et ministre de la Justice de la République du Mali, a adopté le dixième des Actes uniformes de l'Ohada : l'Acte uniforme relatif à la médiation. Au cours de ce même conseil, l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage a été révisé. Conformément à son processus de création du droit matériel, l'adoption de l'Acte uniforme relatif à la médiation est le fruit de longues discussions et échanges ayant permis de prendre en compte les points de vue et les opinions des praticiens et des institutions au nombre

desquels les commissions nationales Ohada (CNO), les unions monétaires de l'espace Ohada (UEMOA et CEMAC) et la Commission des Nations unies pour le droit commercial international qui a signé un accord de coopération le 26 octobre 2016 avec l'Ohada.

Désormais, la médiation, installée aux côtés de l'arbitrage, offre la possibilité aux justiciables, notamment les investisseurs privés étrangers, de se « passer du juge étatique », ou presque. L'adoption de ces deux Actes unifiés est un défi pour les acteurs judiciaires africains et « africanistes », qu'ils soient juges, avocats, arbitres, médiateurs, conciliateurs et autres experts. Tous ces professionnels devront désormais se réveiller mais également faire preuve de génie pour donner corps et âme à ces deux importants instruments du droit Ohada.

Les praticiens du droit de l'arbitrage et de la médiation ne devraient pas avoir plus de mal que d'autres à se dompter ces deux instruments. En effet, arbitrage et médiation sont des techniques qui ont l'avantage d'être connus dans un environnement africain des affaires qui l'appréhende déjà.

En Afrique, la saisine du juge dans le cadre d'un procès a mauvaise réputation. Dans le continent, c'est faute de rien que l'on confie à un tiers le soin de démêler un litige. Sur un plan sociologique et psychologique, le procès est le signe d'une discorde entre deux ou plusieurs personnes qui vivent pourtant au milieu d'autres, en communauté et en solidarité ; en second, il est le signe d'une agressivité humaine certaine contraire aux valeurs africaines ; enfin, le procès apparaît comme une pièce mal réglée, trop longue, dévorant temps, argent et peine¹.

L'arbitrage, tout comme la médiation et, à certains égards, la conciliation, reposent pour leur mise en œuvre sur une expression de la volonté des parties. Il s'agit, en ce qui concerne l'arbitrage et son déclenchement, de l'application d'une convention d'arbitrage – liant les parties à un contrat et anticipant ou réglant la survenance du litige. La médiation ou la conciliation, quant à elles, peuvent voir leur déclenchement favorisé par l'insertion de stipulations anticipant, tout comme la clause compromissoire, la survenance d'un différend contractuel : clauses de conciliation ou de médiation. C'est au regard de leurs objectifs et des modalités de leur mise en œuvre que l'arbitrage et la médiation apparaissent comme de véritables « alternatives » à la justice étatique tant décriée en Afrique. Quiconque souhaite se « passer » du juge étatique passerait par là...

En révisant l'Acte uniforme portant sur l'arbitrage et en adoptant le 27 novembre 2017, un dixième acte uniforme relatif à la médiation,

1. Cf. not. discours du ministre de la Justice malien, Me Hamidou Diabate, le 10 novembre 1997, lors du « Forum de la justice » dans son allocution d'ouverture mettant l'accent sur les problèmes constatés.

l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (Ohada) affirme son option en faveur des MARC et, du coup, marque son vif intérêt pour développer d'autres alternatives pour régler les litiges des affaires.

Dans l'incapacité d'avoir un système judiciaire uniformisé, à l'instar du droit matériel, la consécration d'un droit procédural uniforme de la médiation applicable aux 17 États parties de l'Ohada marque une avancée considérable à plusieurs égards pour la justice civile et commerciale.

Face aux critiques régulièrement formulées par les justiciables à l'encontre d'un ordre judiciaire qui ne dispose pas des moyens matériels nécessaires pour faire face à l'augmentation du contentieux, à sa diversité et à sa complexité, les modes alternatifs de règlement des litiges (MARL) apparaissent comme une solution adaptée. Au surplus, les MARL s'inscrivent au cœur d'un bouleversement de la société visant à la déréglementation, à la recherche de nouveaux pôles de régulation sociale et qui se manifestent essentiellement par un phénomène de contractualisation, de passage de l'imposé au négocié.

L'intérêt de cet ouvrage se situe précisément à ce niveau. Les auteurs, des professionnels aguerris, ont bien évidemment su décrire et enrichir les concepts nés des évolutions récentes, qu'elles soient jurisprudentielles ou doctrinales avec la précision du *Jus est ars boni et aequi* qui les caractérise tous les trois tant dans le domaine de l'arbitrage que de la médiation.

Leur ouvrage a l'avantage de présenter succinctement les grands principes du nouvel Acte uniforme et de la pratique de l'arbitrage dans les 17 États parties. Des pistes de réflexion questionnant les pratiques et les éventuels développements futurs sont abordées. De là découle aussi un intérêt pratique. L'ouvrage est une source d'informations indispensables pour tous ceux qui veulent découvrir l'arbitrage et les MARL en droit Ohada.

C'est donc avec une approche à la fois académique et administrative, théorique et pratique que le lecteur est invité à parcourir l'œuvre. Remarquablement conçue et écrite, elle constitue un apport majeur à la doctrine contemporaine du droit Ohada.

Qu'ils en soient remerciés !

Mamadou Ismaila KONATE

Avocat à la Cour

Barreaux du Mali et de Paris

Ancien garde des Sceaux et ministre de la Justice de la République du Mali

Remerciements

Les auteurs tiennent à remercier Sylvie Behobi Ebongo, docteur en droit, pour sa relecture attentive et ses observations toujours pertinentes qui ont permis de parfaire cet ouvrage.

Sommaire

Les auteurs	5
Préface	7
Avant-propos	9
Remerciements	13
Liste des abréviations	19

PREMIÈRE PARTIE

COMMENTAIRES DE L'ACTE UNIFORME RELATIF AU DROIT DE L'ARBITRAGE DU 23 NOVEMBRE 2017

Chapitre 1 Champ d'application	
Article 1 – Définitions	27
Article 2	32
Article 3	39
Article 3-1	44
Article 4	47
Chapitre 2 Constitution du tribunal arbitral	
Article 5	52
Article 6	55
Article 7	60
Article 8	68
Chapitre 3 L'instance arbitrale	
Article 8-1	73
Article 9	75
Article 10	78
Article 11	80
Article 12	84
Article 13	87

Article 14	95
Article 15	104
Article 16	106
Article 17	108
Article 18	109
Chapitre 4 La sentence arbitrale	
Article 19	110
Article 20	112
Article 21	114
Article 22	115
Article 23	118
Article 24	120
Chapitre 5 Recours contre la sentence arbitrale	
Article 25	121
Article 26	125
Article 27	138
Article 28	141
Article 29	142
Chapitre 6 Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales	
Article 30	144
Article 31	145
Article 32	149
Article 33	151
Article 34	152
Chapitre 7 Dispositions finales	
Article 35	153
Article 36	155

DEUXIÈME PARTIE

COMMENTAIRES DU RÈGLEMENT D'ARBITRAGE DE LA CCJA

Chapitre 1 Attributions de la Cour commune de justice et d'arbitrage en matière d'arbitrage	
Article premier – Exercice par la Cour de ses attributions	162
Chapitre 2 Procédure devant la Cour commune de justice et d'arbitrage	
Article 2 – Mission de la Cour commune de justice et d'arbitrage	167
Article 3 – Désignation des arbitres	171
Article 4 – Indépendance, récusation et remplacement des arbitres..	175

Article 5 – Demande d’arbitrage	183
Article 6 – Réponse à la demande	186
Article 7 – Réponse à la demande reconventionnelle	187
Article 8 – Provision pour frais de l’arbitrage	188
Article 8-1 – Intervention forcée	190
Article 8-2 – Intervention volontaire	192
Article 8-3 – Pluralité des parties	193
Article 8-4 – Pluralité de contrats	194
Article 9 – Absence de convention d’arbitrage	195
Article 10 – Effets de la convention d’arbitrage	197
Article 10-1 – Mesures provisoires	201
Article 11 – Provision pour frais de l’arbitrage	204
Article 12 – Notification, communication et délais	208
Article 13 – Siège de l’arbitrage	210
Article 14 – Confidentialité de la procédure	212
Article 15 – Procès-verbal de cadrage	213
Article 16 – Règles applicables à la procédure	216
Article 17 – Loi applicable au fond	217
Article 18 – Demandes nouvelles	219
Article 19 – Instruction de la cause	220
Article 19-1 – Clôture de la procédure arbitrale	223
Article 20 – Sentences d’accord parties	224
Article 21 – Exception d’incompétence	225
Article 21-1 – Étape préalable à l’arbitrage	227
Article 22 – Sentence arbitrale	229
Article 23 – Examen préalable par la Cour	231
Article 24 – Décision sur les frais de l’arbitrage	233
Article 25 – Notification de la sentence	236
Article 26 – Interprétation, rectification ou complément de la sentence	237
Article 27 – Autorité de chose jugée et exécution provisoire	240
Article 28 – Dépôt et sanction légale de la sentence	242
Chapitre 3 Recours en annulation, reconnaissance et exécution forcée des sentences arbitrales	
Article 29 – Recours en annulation	243
Article 30 – Exequatur	262
Article 31 – Formule exécutoire	265
Article 33 – Tierce opposition	267
Article 34 – Dispositions finales	268

TROISIÈME PARTIE
COMMENTAIRES DE L'ACTE UNIFORME RELATIF À LA MÉDIATION
DU 23 NOVEMBRE 2017

Chapitre 1 Définitions et champ d'application	
Article 1. Définitions.....	285
Article 2. Champ d'application	291
Chapitre 2 Procédure de médiation	
Article 3. Médiation institutionnelle	298
Article 4. Début de la procédure de médiation	305
Article 5. Nombre et désignation des médiateurs.....	311
Article 6. Statut du médiateur	312
Article 7. Conduite de la médiation	324
Article 8. Principes directeurs de la médiation	331
Article 9. Échanges entre le médiateur et les parties	334
Article 10. Confidentialité	336
Article 11. Recevabilité des éléments de preuve dans une autre procédure	339
Article 12. Fin de la procédure de médiation.....	341
Article 13. Frais de la médiation.....	344
Article 14. Incompatibilités	348
Article 15. Recours à une procédure arbitrale ou judiciaire	350
Article 16. Exécution de l'accord issu de la médiation	356
Article 17. Application du présent Acte uniforme	362
Article 18. Publication et entrée en vigueur	363
Table des matières	365

Liste des abréviations

ADR	<i>Alternative dispute resolution</i>
AUA	Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage
AUM	Acte uniforme relatif à la médiation
AUPC	Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif
AURVE	Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
CACI	Cour d'arbitrage de Côte d'Ivoire
CAMC	Centre d'arbitrage et de conciliation de Dakar
CAMC-O	Centre d'arbitrage de médiation de Ouagadougou
CAMEC	Centre d'arbitrage de médiation et de conciliation du Bénin
Cass. 1 ^{re} civ.	Cour de cassation, première chambre civile
Cass. 2 ^e civ.	Cour de cassation, deuxième chambre civile
Cass. 3 ^e civ.	Cour de cassation, troisième chambre civile
Cass. Ass. plén.	Cour de cassation, assemblée plénière
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale
CCJA	Cour commune de justice et d'arbitrage
CECAM	Centre de conciliation et d'arbitrage du Mali
CEMACO	Centre de médiation et d'arbitrage du Congo
CENACOM	Centre national d'arbitrage de conciliation et de médiation de la République démocratique du Congo
CCI	Chambre de commerce internationale
CCJA	Cour commune de justice et d'arbitrage
CNUDCI	Commission des Nations unies pour le droit commercial international
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
<i>JCP</i>	JurisClasseur périodique
<i>JDI</i>	Journal de droit international

MARC	Modes alternatifs de règlement des conflits
MARD	Modes alternatifs de règlement des différends
MARL	Modes alternatifs de règlement des litiges
Ohada	Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires
<i>RDAI</i>	Revue de droit des affaires internationales
<i>Rev. arb.</i>	Revue de l'arbitrage
<i>Rev. cam. arb.</i>	Revue camerounaise de l'arbitrage
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial

PREMIÈRE PARTIE

COMMENTAIRES DE L'ACTE UNIFORME RELATIF AU DROIT DE L'ARBITRAGE DU 23 NOVEMBRE 2017

L'entreprise d'harmonisation du droit des affaires en Afrique a des visées économiques. Il s'agit d'établir un courant de confiance en faveur des économies des États Parties, en vue de créer un nouveau pôle de développement en Afrique¹. Persuadés que cela suppose la mise en place d'un droit des affaires harmonisé, simple, moderne et adapté, afin de faciliter l'activité des entreprises², les États Parties se sont dits conscients qu'il est essentiel que ce droit soit appliqué avec diligence, dans des conditions propres à garantir la sécurité juridique des activités économiques, afin de favoriser l'essor de celles-ci et d'encourager l'investissement³. La justice arbitrale est apparue comme une pièce essentielle dans cette entreprise⁴. Aussi bien dans le préambule qu'à l'article premier du Traité, la volonté a été exprimée de promouvoir l'arbitrage comme instrument de règlement des différends contractuels. La faveur pour la justice arbitrale a ici une double explication. Dans le contexte spécifique des États signataires du Traité, on avait noté l'existence d'une grave insécurité judiciaire qui pouvait repousser les investisseurs. S'y ajoute que partout dans le monde, l'arbitrage apparaît comme le mode privilégié de règlement des différends d'affaires.

Mais lorsque le Traité Ohada est conclu, à Port-Louis le 17 octobre 1993, il est évident que dans les États membres, l'arbitrage n'est pas le mode

-
1. Préambule du Traité créant l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires, § 1.
 2. Préambule du Traité, § 3.
 3. Préambule du Traité, § 4.
 4. Voir E. GASSI MATAGO, *Arbitrage et sécurité des investissements directs étrangers en Afrique centrale*, thèse de doctorat Ph. D. Université de Yaoundé II, 2018 ; J. GATSI, « La légitimité de la justice arbitrale », in *Les horizons du droit Ohada, Mélanges en l'honneur du professeur Filiga Michel Sawadogo*, Les éditions du Centre de recherche et d'études en droit et institutions judiciaires en Afrique, Cotonou, 2018, p. 647.

privilegié de règlement des différends d'affaires. L'Afrique précoloniale n'a très probablement pas connu ce mode de règlement ; l'arbitrage arrive donc sur le continent avec la colonisation, mais n'est vraiment pas pratiqué. Les dispositions qui en traitent dans les États sont tantôt disparates, tantôt obsolètes au moment où la décision est prise de promouvoir l'arbitrage⁵.

Pour monter son aptitude à remplir la mission qui lui était assignée, et notamment celle d'attirer les investisseurs, le droit Ohada de l'arbitrage a choisi d'offrir de sérieux gages de modernité. L'Acte uniforme adopté le 11 mars 1999, en application de l'article 2 du Traité, ne s'est pas contenté de consacrer des avancées inscrites notamment dans la loi type de la Commission des Nations unies pour le droit commercial international sur l'arbitrage commercial international et dans quelques droits étrangers ; il va accentuer de façon très audacieuse certaines de ces avancées⁶. Tout d'abord, reprenant une solution prévue dans le Traité Ohada pour le système d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage, l'article 2 de l'Acte uniforme ouvre la faculté de compromettre à toute personne physique ou morale, de droit privé ou de droit public. La solution est d'une portée singulière : elle s'applique non seulement dans les rapports internationaux, mais aussi dans les rapports internes, car le législateur ne réserve aucune solution à l'arbitrage international. L'unité de régime qui en résulte profite à l'arbitrage interne, car d'ordinaire c'est l'arbitrage international qui se voit appliquer les solutions les plus libérales. Elle supprime toutes les difficultés relatives à la détermination du caractère interne ou international de l'arbitrage.

5. Sur la question, voir R. AMOUSSOU-GUENOU, « L'état du droit de l'arbitrage interne et international en Afrique avant l'adoption des instruments Ohada », in *L'Ohada et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 9 ; A. FÉNÉON, *Droit de l'arbitrage, Commentaires de l'Acte uniforme sur l'arbitrage et du règlement de la CCJA*, Edicef/éditions FFA, Paris, 2000, p. 7 et s.
6. Sur ces innovations, et parmi de très nombreuses études, voir P.-G. POUGOUÉ, J.-M. TCHAKOUA et A. FÉNÉON, *Droit de l'arbitrage dans l'espace Ohada*, Yaoundé, PUA, 2000 ; P. MEYER, *Ohada, Droit de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2000 ; R. AMOUSSOU-GUENOU, « L'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage et son environnement juridique », *Rev. cam. arb.* numéro spécial 2001, p. 11, Ohadata D-08-34 ; R. BOIVIN et P. PIC, « L'arbitrage international en Afrique : quelques observations sur l'Ohada », *Revue générale de droit*, 2002, p. 847 et s. Ohadata D-08-01 ; Ph. LÉBOULANGER, « L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », *Rev. arb.* 1999, p. 551 ; C. IMHOOS et G. KENFACK DOUJANI, « L'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage dans le cadre du Traité Ohada », *Rev. cam. arb.* n° 5 ; Ph. FOUCHARD, *Rapport de synthèse du colloque sur « L'Ohada et les perspectives de l'arbitrage en Afrique »*, actes publiés par Bruylant, Bruxelles 2000, p. 238 ; N. PILKINGTON et S. THOUVENOT, « Les innovations de l'Ohada en matière d'arbitrage », *Journées d'études juriscopes, Pratiques et actualité du droit Ohada*, LexisNexis, en collaboration avec *La semaine juridique Entreprise et Affaires*, juin 2007, p. 128 ; Ohadata D-12-60 ; P.-G. POUGOUÉ, *L'arbitrage dans l'espace Ohada, Recueil de cours de l'Académie de droit international de la Haye*, tome 380, 2016.

Ensuite, en matière de validité de la convention d'arbitrage, l'article 4 de l'Acte uniforme de 1999 a repris la règle matérielle introduite par l'arrêt *Hecht* et amplifiée par l'arrêt *Dalico* de la Cour de cassation française⁷, à savoir que celle-ci est appréciée d'après la commune volonté des parties, sans référence nécessaire à un droit étatique. On remarquera que l'Acte uniforme ne reprend pas la réserve des règles impératives et de l'ordre public international qu'on retrouve alors en jurisprudence française. L'Acte uniforme pose cette règle en même temps que celle de l'indépendance de la convention d'arbitrage par rapport au contrat qui la contient : la validité de la première n'est pas affectée par la nullité du second et est appréciée d'après la commune volonté des parties.

S'agissant de l'arbitrabilité objective, le législateur se réfère à un critère simple, la libre disponibilité du droit en cause (art. 2), encore que dans la mise en œuvre de la solution on soit obligé de recourir aux droits nationaux. En effet, compte tenu du fait que l'entreprise d'harmonisation ne concerne pas toutes les matières du droit, il est impossible, à partir du droit Ohada, de dresser une liste des droits disponibles ou indisponibles.

Les parties choisissent librement la loi applicable à la procédure arbitrale (art. 14) et au fond du litige, avec naturellement la possibilité de conférer au tribunal arbitral les pouvoirs d'amiable compositeur (art. 15).

Enfin, sur le plan procédural et de l'efficacité de la sentence arbitrale, l'Acte uniforme consacre les solutions les plus modernes permettant de déjouer toute volonté qu'aurait un litigant de gagner simplement du temps. Au nombre de celles-ci, il faudrait citer la possibilité de constituer le tribunal arbitral malgré l'obstruction d'une des parties (art. 5 et 8), le principe compétence-compétence (art. 11), la présomption de renonciation à se prévaloir d'une irrégularité si celle-ci n'est pas dénoncée à temps, le pouvoir reconnu au tribunal arbitral de trancher tout incident de vérification d'écriture ou de faux (art. 14), de solliciter l'aide des autorités judiciaires pour l'administration des preuves (art. 14), d'accorder l'exécution provisoire de la sentence (art. 24). Les règles en matière de reconnaissance et d'exequatur des sentences arbitrales sont des plus libérales, puisque la reconnaissance et l'exequatur ne peuvent être refusés que lorsque « *la sentence est manifestement contraire à une règle d'ordre public international des États Parties* » (art. 31). L'appel, le pourvoi en cassation et l'opposition sont exclus et le recours en annulation est ouvert pour une liste de motifs d'annulation bien courte dont aucun ne permet la révision au fond de la sentence arbitrale (art. 25 et 26).

7. Respectivement, Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 1972, n° 70-14163, *JDI* 1972, p. 843, note B. OPPÉTIT et Cass. 1^{re} civ., 20 déc. 1993, n° 91-16828, *JDI* 1994, p. 432, note É. LOQUIN.

Les réactions de la doctrine ont donné une première idée du destin qui pouvait être celui de l'Acte uniforme du 11 mars 1999. Les innovations qu'il contient étaient dans l'ensemble jugées favorablement ; mais celle consistant dans la suppression de toute différence de régime entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international avait fait l'objet de réserves de la doctrine. On avait expliqué qu'il y a problème à appliquer des solutions conçues pour résoudre les problèmes de conflit des lois dans des circonstances où ne se pose aucun conflit de lois⁸.

Une discussion s'était aussi ouverte sur l'arbitrabilité des différends non contractuels : l'Acte uniforme ne les a certes pas exclus de son champ, mais le Traité Ohada, dont il dérive, vise exclusivement les différends d'ordre contractuel.

Par ailleurs, on s'est demandé si le droit Ohada de l'arbitrage permettait le recours à l'arbitrage suivant les modalités apparues en droit des investissements. En effet, des conventions de protection réciproque des investissements ou des textes internes prévoient le recours à l'arbitrage dans les différends relatifs aux investissements, dans des formules où le consentement de l'État d'accueil de l'investissement est donné dans la norme, l'arbitrage devant se tenir si, à la naissance du différend, l'investisseur accepte d'y recourir. L'Ohada se devait de ne pas ignorer une telle solution dès lors que l'arbitrage y est présenté comme un gage accordé aux investisseurs.

Les réserves et les questions ci-dessus relevées étaient bien connues au moment où la révision de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage a été entreprise. Le texte issu de la révision a ignoré les réserves émises en ce qui concerne l'unification du régime de l'arbitrage, persistant dans la solution posée depuis le 11 mars 1999. Les réserves émises n'étaient pas, sur le plan de la cohérence théorique, infondées. Le législateur semble toutefois avoir préféré la simplicité et l'efficacité pratique à la cohérence. On pourrait au demeurant dire qu'en la matière, la solution du droit Ohada n'est pas isolée ; on la retrouve en droit québécois, encore que celui-ci suggère le recours à la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international pour l'interprétation des dispositions du Code de procédure civile lorsque sont en jeu les intérêts du commerce international⁹.

Le législateur a également ignoré la discussion sur l'arbitrabilité des différends non contractuels. Elle se poursuivra peut-être en doctrine, et on peut espérer que la Cour commune de justice et d'arbitrage trouve l'occasion de s'y exprimer.

8. Voir notamment P. MEYER, *op. cit.* p. 45, n° 84.

9. CPC, art. 620 et s. Voir aussi R. BOIVIN et P. PIC, *op. cit.*

L'Acte uniforme révisé a en revanche, et très clairement, consacré des modalités de recours à l'arbitrage venues du droit des investissements. En effet, en son article 3, il prévoit que « *L'arbitrage peut être fondé sur une convention d'arbitrage ou sur un instrument relatif aux investissements, notamment un code des investissements ou un traité bilatéral ou multilatéral relatif aux investissements* ». C'est souvent en comparant le système d'arbitrage de la CCJA avec l'arbitrage du Centre international du règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) entre États et ressortissants d'autres États qu'on faisait à l'Ohada le reproche d'avoir placé son droit de l'arbitrage dans une position défavorable dans la course au règlement des différends relatifs aux investissements. La réponse du législateur a été donnée non seulement dans les sources propres au système d'arbitrage de la CCJA, mais également, comme on le voit dans l'article 3 ci-dessus repris, dans l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage. Y étant, elle s'applique à tous les arbitrages, *ad hoc* ou institutionnels, régis par l'Acte uniforme. À partir de là, il faudrait dire que l'Ohada permet aux centres permanents d'arbitrage créés dans les États Parties d'entrer en course pour le règlement des différends relatifs aux investissements. Bien entendu, le coup de pouce du législateur ne suffira pas ; il faudra encore que les instruments relatifs aux investissements prennent l'habitude de prévoir le recours à l'arbitrage sous les auspices des centres africains.

Les efforts en matière de révision de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage furent davantage centrés sur le souci de corriger les comportements des acteurs préjudiciables à la pratique de l'arbitrage. Ont ainsi été imaginées des solutions à même de balayer les obstacles à l'efficacité de la justice arbitrale. Entre autres : le juge étatique saisi pour désigner un arbitre doit rendre sa décision dans un délai de quinze jours, la législation nationale pouvant prévoir un délai plus court (art. 6) ; le juge étatique compétent pour la récusation doit statuer dans un délai de 30 jours, faute de quoi il est dessaisi et la CCJA peut être saisie (art. 8) ; le juge étatique saisi du recours en annulation contre la sentence arbitrale doit statuer dans un délai de trois mois, faute de quoi il est dessaisi et la demande peut être adressée à la CCJA, qui dispose d'un délai de quarante-cinq jours pour rendre sa décision (art. 27) ; le juge de l'exequatur est saisi par requête, et sa décision doit intervenir dans un délai de quinze jours, faute de quoi l'exequatur est réputé accordé ; la formule exécutoire est apposée sur la minute de la sentence (art. 31). Ces innovations ont été saluées par les premiers commentaires de la doctrine, avec le souhait que les juges soient en mesure d'agir dans la limite des différents délais qui leur sont impartis¹⁰.

10. Voir B. LEBARS, « Les États membres de l'Ohada. Une avancée importante dans la promotion de l'arbitrage et de la médiation », ohada.com.

D'autres modifications apparaissent comme des précisions ou des corrections. Ainsi en est-il de l'indication contenue dans l'article 2 en ce qui concerne l'arbitrabilité des différends concernant les personnes morales de droit public, selon laquelle la nature du contrat en cause est indifférente. L'obligation de révélation de l'arbitre est mieux formulée afin que les faits à révéler ne soient pas vus comme des causes de récusation (art. 7) ; la tierce opposition doit être faite non pas devant le tribunal arbitral, mais devant le juge étatique qui eût été compétent à défaut d'arbitrage (art. 25). Il est possible que les parties renoncent au recours en annulation de la sentence arbitrale, sauf si celle-ci est contraire à l'ordre public (art. 25). L'ordre public auquel on doit se référer pour faire échec à la renonciation au recours en annulation, refuser l'exequatur ou annuler une sentence arbitrale est l'ordre public international, non plus « *l'ordre public international des États signataires du Traité* ». Le législateur a aussi consacré formellement la sentence arbitrale d'accord parties, auquel il est reconnu le même statut et les mêmes effets que toute autre sentence mettant fin au différend (art. 19). Cette solution, prévue par la loi type de la CNUDCI, était déjà reprise par beaucoup de règlements d'arbitrage dans l'espace Ohada. La médiation ayant été organisée par un Acte uniforme, le législateur se devait de régler les difficultés pouvant naître des stipulations contractuelles qui prévoient un mode de règlement préalable à l'arbitrage (8-1).

Pour le reste, le législateur a reconduit tous les acquis fixés dans l'Acte uniforme du 11 mars 1999 et concernant notamment l'efficacité de la convention d'arbitrage, celle de la procédure d'arbitrage et de la sentence arbitrale.

Chapitre 1

Champ d'application

Article 1 – Définitions

Le présent Acte uniforme a vocation à s'appliquer à tout arbitrage lorsque le siège du tribunal arbitral se trouve dans l'un des États Parties.

1. Acte uniforme et siège de l'arbitrage

L'utilisation du terme « vocation » pour traduire la force d'application de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage ne doit pas tromper, précisément en faisant croire que le texte laisserait aux parties la possibilité d'écarter ses dispositions lorsque le siège du tribunal arbitral se trouve dans un État Partie au Traité Ohada¹. Une telle faculté d'éviction ne serait pas en cohérence avec la conception territorialiste du siège de l'arbitrage retenue par le législateur. On sait en effet qu'il existe deux conceptions du siège de l'arbitrage : une conception juridique, qui fait du siège l'environnement juridique choisi par les parties pour régir leur arbitrage sans égard au lieu où se tient celui-ci ; et une conception territorialiste ou géographique, qui voit dans le siège le lieu où se déroule l'arbitrage.

L'Acte uniforme ne définit certes pas le siège de l'arbitrage, mais on peut estimer qu'en visant « le siège du tribunal arbitral » pour fixer son champ d'application spatial, il met en avant les opérations d'arbitrage, qui se déroulent en principe où se trouve le tribunal arbitral. Pour casser un arrêt de la cour d'appel de Douala (Cameroun) qui avait annulé une sentence arbitrale rendue à Londres, la CCJA affirme qu'en appliquant l'Acte uniforme à un cas qui, manifestement, n'est pas dans son champ d'application, la cour a violé l'article premier de l'Acte uniforme visé au moyen². Cette sentence était supposée rendue au siège de l'arbitrage et la Cour ne voyait pas comment le juge de l'annulation pouvait lui appliquer l'Acte uniforme. Elle excluait ainsi implicitement, mais nécessairement, l'idée que les

-
1. Voir N. PILKINGTON et S. THOUVENOT, « Les innovations de l'Ohada en matière d'arbitrage », *Journées d'études jurisclope, Pratiques et actualité du droit Ohada*, LexisNexis, en collaboration avec *La semaine juridique Entreprise et Affaires*, juin 2007, p. 128 ; Ohadata D-12-60.
 2. CCJA, arrêt n° 020/2011 du 6 déc. 2011, Ohadata J-13-164.

parties aient pu adosser leur arbitrage sur l'Acte uniforme alors qu'il se tenait à Londres³.

La conception territorialiste du siège ne doit cependant pas être comprise de manière excessive. Tout d'abord, même si le législateur vise le siège du tribunal arbitral, il ne fait pas de doute que toutes les opérations d'un arbitrage ne se déroulent pas nécessairement en un lieu. C'est ainsi que des actes d'instruction peuvent être effectués ailleurs qu'au lieu désigné comme siège de l'arbitrage.

Ensuite, des cyber-arbitrages peuvent être organisés sur la base de l'Acte uniforme.

Enfin, les questions de reconnaissance et d'exécution de la sentence arbitrale sont résolues par l'Acte uniforme même lorsque le tribunal arbitral a eu son siège hors de l'espace Ohada : il suffit que l'efficacité de la sentence soit recherchée dans un État Partie au Traité⁴. En revanche, la reconnaissance et l'exécution hors de l'espace Ohada des sentences rendues conformément à l'Acte uniforme se font conformément aux règles du droit étranger applicable⁵.

2. Acte uniforme et système d'arbitrage de la CCJA

La question s'est posée de savoir si l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage est l'une des sources du système d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage. Pour répondre par l'affirmative à cette question, une partie de la doctrine a fait valoir plusieurs arguments, parmi lesquels, la lettre de l'article premier ci-dessus, selon lequel l'Acte uniforme a vocation à s'appliquer « à tout arbitrage lorsque le siège du tribunal arbitral se trouve dans l'un des États Parties »⁶. La Cour commune de justice et d'arbitrage a paru, dans un premier temps, favorable à cette solution, puisqu'elle a accueilli et même repris les termes d'un pourvoi qui visait à la fois les dispositions propres au système d'arbitrage de la CCJA, l'article 23 du Traité Ohada, et

3. Voir P. MEYER in *Ohada, Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope 2016, Commentaire de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, Introduction, p. 147.

4. Voir article 34 *infra*. Application erronée de cette solution par la cour d'appel d'Abidjan (Côte d'Ivoire), qui refuse d'appliquer l'Acte uniforme à l'exequatur d'une sentence arbitrale rendue à l'étranger : arrêt n° 1157 du 19 nov. 2002, Ohadata J-03-300.

5. Sur l'exécution hors de l'espace Ohada des sentences du système d'arbitrage de la CCJA, voir D. MOTTE-SURANITI, « L'exécution en France des sentences arbitrales CCJA », *Penant* n° 866, p. 58.

6. Voir J.-M. TCHAKOUA, « Le système d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage en questions », *Juridis périodique* 2009, n° 79, p. 121 ; P. MEYER in *Ohada, Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, préc., p. 140 ; F. ANOUKAHA, « L'obligation d'information de l'arbitre en droit Ohada », in *L'Obligation, Études offertes au professeur Paul-Gérard Pougoué*, L'Harmattan, Cameroun, 2016, Yaoundé, p. 97.

celles de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, l'article 4⁷. Quelques mois plus tard, la haute juridiction a suivi le courant doctrinal contraire, qui insiste sur le caractère autonome du système d'arbitrage de la CCJA⁸. Elle a ainsi jugé que l'Acte uniforme ne figure pas parmi les sources du système d'arbitrage de la Cour. Un recours en contestation de validité (aujourd'hui ce serait le recours en annulation) avait été formé contre une sentence arbitrale rendue dans le cadre d'un arbitrage CCJA. Le demandeur invoquait plusieurs moyens d'annulation, dont la violation des articles 12 et 16 de l'Acte uniforme qui traitent du délai d'arbitrage.

La Cour a commencé par citer, *in extenso*, l'article 10.1 du Règlement d'arbitrage de la CCJA qui dispose que « *Lorsque les parties ont convenu d'avoir recours à l'arbitrage de la Cour, elles se soumettent par là même aux dispositions du titre IV du Traité de l'Ohada, au présent règlement, au règlement intérieur de la Cour, à leurs annexes et au barème des frais d'arbitrage, dans leur rédaction en vigueur à la date de l'introduction de la procédure d'arbitrage [...]* » avant d'affirmer, très clairement, que « *l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage ne figure pas au nombre des actes juridiques précités qui sont applicables en l'espèce à l'arbitrage institutionnel spécifique de la CCJA* »⁹.

Une circonstance particulière accentuait l'importance de cette décision : la Cour avait, dans cette affaire, des éléments pour rejeter la prétention du demandeur sans dénier l'applicabilité à l'espèce de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage. En effet, l'article 15.4 du règlement d'arbitrage de la CCJA détermine le délai dans lequel la sentence doit être rendue après clôture des débats ; en l'espèce, ledit délai avait été respecté par les arbitres. La haute juridiction a bien souligné cette circonstance et pouvait s'en tenir à cela, même si on peut objecter que cette disposition n'épuise pas la question du délai d'arbitrage. Elle a peut-être craint qu'une telle attitude fasse penser qu'elle retient que, sur la question du délai d'arbitrage, ces dispositions sont dérogatoires de celles de l'Acte uniforme, ce qui permettrait l'application de celui-ci lorsque n'existent pas dans les autres sources des dispositions dérogatoires.

Dans un troisième temps, la Cour a semblé revenir à sa première position. En effet, dans une affaire concernant l'arbitrage institutionnel de la CCJA, elle a statué en visant deux articles de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage : « *Mais attendu qu'aux termes des dispositions de l'article 4 de l'Acte*

7. CCJA, arrêt n° 020/2008 du 24 avr. 2008, Ohadata J-09-300 ; *Rev. arb.* 2010, p. 585.

8. Voir P.-G. POUGOUÉ, « Le système d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage », in *L'Ohada et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 89 ; P.-G. POUGOUÉ, J.-M. TCHAKOUA et A. FÉNEON, *Droit de l'arbitrage dans l'espace Ohada*, PUA, Yaoundé, 2000, p. 24.

9. CCJA, Ass. plén., arrêt n° 045/2008 du 17 juill. 2008, *Affaire Société Nationale pour la Promotion Agricole (SONAPRA) c/Société des Huileries du Bénin (SHB)*, *Rev. arb.* 2010, p. 595 et s. Ohadata J-09-83.

uniforme relatif au droit de l'arbitrage, la validité de la convention d'arbitrage "est appréciée d'après la commune volonté des parties, sans référence nécessaire à un droit étatique"; que l'article 2 alinéa 2 du même Acte uniforme prévoit par ailleurs que les États "peuvent [...] être parties à un arbitrage, sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester [...] la validité de la convention d'arbitrage"»¹⁰. Mais dans ces dernières sorties, la haute cour est revenue à l'idée que l'Acte uniforme ne compte pas parmi les sources du système d'arbitrage de la CCJA¹¹.

À l'occasion de la révision du règlement d'arbitrage de la CCJA, le législateur Ohada a eu la possibilité de préciser sa pensée. Il ne l'a pas fait, ce qui laisse le débat se poursuivre.

3. Arbitrage *ad hoc* et arbitrage institutionnel

Il est certain que l'Acte uniforme s'applique aussi bien aux arbitrages *ad hoc* qu'aux arbitrages organisés dans le cadre de centres permanents d'arbitrage, ce qu'on appelle arbitrages institutionnels. Il n'y aura aucune difficulté à l'appliquer dans les centres privés d'arbitrage. Des difficultés pourraient se présenter avec les arbitrages institués par des organisations internationales, sur la base de règles édictées par celles-ci. C'est le cas de l'arbitrage organisé par l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle¹². Dès lors qu'il est, comme le droit Ohada, fondé sur une convention internationale, cet arbitrage n'a pas à se conformer à l'Acte uniforme ; mais il peut s'y appuyer en tant que droit commun de l'arbitrage.

4. Notion d'arbitrage dans l'Acte uniforme

L'Acte uniforme s'applique à « tout arbitrage », dit le texte ; encore faudrait-il qu'il s'agisse véritablement d'arbitrage. Le législateur ne donne aucune définition de l'arbitrage ; mais on comprend bien, à la lecture de l'ensemble du dispositif, qu'il s'agit de l'institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci¹³.

Cette définition met en exergue deux éléments qui vont permettre de distinguer l'arbitrage des notions voisines. Le premier est la base conventionnelle de l'arbitrage, puisque la mission de régler le différend est confiée au tiers, directement ou indirectement, par les parties. Le caractère volontaire

10. CCJA, arrêt n° 012/2011 du 29 nov. 2011, *Affaire République de Guinée équatoriale et CEMAC c/Commercial Bank Guinea ecuatorial (CBGE) Recueil de jurisprudence de la CCJA*, juin-déc. 2011, p. 22 ; Ohadata J-13-142.

11. CCJA, Ass. plén., arrêt n° 102/2015 du 15 oct. 2015, Ohadata J-16-95 et arrêt 139/2015 du 19 nov. 2015, Ohadata J-16-132.

12. Voir Règlement du 7 déc. 2016 portant création d'un centre d'arbitrage et de médiation.

13. Voir Ch. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, LGDJ, 1987, n° 785, p. 372.

est de l'essence de l'arbitrage au sens de l'Acte uniforme, de sorte que ne peuvent se recommander de l'arbitrage les solutions par lesquelles les législateurs nationaux pourraient imposer aux parties un mécanisme juridictionnel de résolution de leur différend, peu importe que ce mécanisme juridictionnel soit appelé « arbitrage ». Le consentement à l'arbitrage peut cependant emprunter plusieurs modalités dont certaines sont pratiquement à la limite de l'« arbitrage forcé ».

Le second élément caractéristique de l'arbitrage est la mission juridictionnelle, puisque l'arbitre doit trancher le différend. L'arbitrage se distingue ainsi de l'expertise, de la conciliation, de la médiation, en un mot, de tous les modes de règlement dans lesquels le tiers constitué ne rend pas une décision qui s'impose aux parties.

La mission juridictionnelle de l'arbitre implique une indépendance à l'égard des parties. Une telle indépendance n'est pas présente lorsqu'une corporation, une association ou une autre personne morale organise le règlement interne des différends avec ses membres ou entre ceux-ci dans une formule dans laquelle les personnes appelées « arbitres » ne sont pas indépendantes de ladite personne morale et sont parfois, de surcroît, désignées sans le consentement des parties. Les décisions issues de ce mode de règlement ne peuvent donc revendiquer le régime de sentences arbitrales prévues par l'Acte uniforme.

Il en serait autrement si les arbitres sollicités sont indépendants de la personne morale et ne sont pas imposés aux litigants.

5. Arbitrage commercial et arbitrage civil

L'Acte uniforme s'applique à l'arbitrage commercial, terrain de prédilection de la justice arbitrale ; il s'applique aussi à l'arbitrage civil. Il ne réserve au demeurant aucun traitement particulier en considération du caractère civil ou commercial de l'arbitrage. C'est ainsi que deux personnes non commerçantes peuvent valablement insérer dans leur contrat une clause compromissoire¹⁴.

6. Arbitrage interne et arbitrage international

L'Acte uniforme s'applique aussi bien à l'arbitrage interne qu'à l'arbitrage international et, là également, sans prévoir aucune règle particulière à l'un ou l'autre. L'unification s'est faite par extension à l'arbitrage interne du régime favorable qui, jusque-là, était réservé à l'arbitrage international¹⁵.

14. CA Abidjan, arrêt n° 1032 du 30 juill. 2002, Ohadata J-03-28.

15. La pertinence ou la portée de cette unification reste discutée, voir notamment P. MEYER, *Ohada, Droit de l'arbitrage*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 45, n° 84.

Article 2

Toute personne physique ou morale peut recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a la libre disposition.

Les États, les autres collectivités publiques territoriales, les établissements publics et toute autre personne morale de droit public peuvent également être parties à un arbitrage, quelle que soit la nature juridique du contrat, sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un différend, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage.

1. Ouverture de l'arbitrage à toute personne

L'arbitrage est un mode de règlement de différend ouvert à toute personne, qu'elle soit physique ou morale, de droit privé ou de droit public. Cette solution est très innovatrice par rapport à celle en vigueur dans les États Parties avant l'adoption du Traité Ohada.

En ce qui concerne les personnes physiques, la faculté de recourir à l'arbitrage ne posait véritablement de problème que pour celles qui ne sont pas commerçantes, parce qu'on pensait que l'arbitrage pouvait leur être préjudiciable. Mais la voie de l'arbitrage ne leur était pas fermée ; la solution avait plutôt été d'interdire les clauses par lesquelles elles pouvaient accepter de soumettre à l'arbitrage un différend encore éventuel. Le problème était au demeurant le même, et la solution la même, pour les personnes morales non commerçantes.

On verra, à l'article 3-1 *infra*, que sans la moindre distinction relative à la qualité des parties, le législateur définit le compromis et la clause compromissoire, deux modalités de la convention d'arbitrage. On ne doit donc plus pouvoir annuler une clause compromissoire au motif que son signataire est un non commerçant.

Les personnes morales de droit public se sont aussi vu ouvrir la voie de la justice arbitrale¹. La solution prend un relief particulier du fait que le droit Ohada de l'arbitrage ne distingue pas entre l'arbitrage interne et

-
1. Voir M. KAMTO, « La participation des personnes morales africaines de droit public à l'arbitrage Ohada », in *L'Ohada et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 129 ; O. CUPERLIER, « Arbitrage Ohada et personnes publiques », Ohadata D-13-65 ; D. C. SOSSA, « L'aptitude des personnes morales de droit public à compromettre dans l'arbitrage Ohada : les mobiles de cette option », *Rev. cam. arb.* numéro spécial févr. 2010, p. 110 ; Ohadata D-11-40 ; A. FÉNEON, « Historique de l'habilitation des personnes de droit public à

l'arbitrage international. L'unification s'étant faite par extension à l'arbitrage interne des faveurs de l'arbitrage international, le législateur a purement et simplement appliqué à l'ensemble de son dispositif arbitral la faculté de compromettre, laquelle, en droit comparé, n'est largement reconnue qu'aux personnes morales de droit public dans les rapports internationaux.

La rédaction nouvelle de l'alinéa 2 de cet article est, sur deux points, différente de l'ancienne. La première modification est relative à l'indication des personnes morales de droit public habilitées à compromettre. L'ancien texte prévoyait que « *Les États et les autres collectivités publiques territoriales ainsi que les établissements publics peuvent également être parties à un arbitrage [...]* ». La formule visait à indiquer que sont concernées toutes les personnes morales de droit public ; mais par une certaine maladresse de rédaction, elle laissait la possibilité de discussions sur des personnes morales qui ne sont ni des États, ni des collectivités territoriales, ni des établissements publics. Ces discussions étaient d'autant plus probables que les personnes morales de droit public en cause ici ne sont pas les seules reconnues comme telles dans les États Parties à l'Ohada, puisque les opérateurs extérieurs à l'espace Ohada peuvent être concernés par son droit de l'arbitrage.

En visant donc, « *toute autre personne morale de droit public* », la nouvelle rédaction de l'article 2 est plus appropriée. Elle couvrira, sans peine, l'État, toutes ses émanations, les collectivités territoriales, les établissements publics ; elle couvrira aussi tous les autres types de personnes morales de droit public qui pourraient dans l'avenir être créés.

La seconde modification est une précision ajoutée dans le nouveau texte. Alors que l'ancien ne faisait même pas allusion aux contrats à l'occasion desquels une convention d'arbitrage pouvait être conclue, le nouveau précise que les personnes morales de droit public peuvent être parties à un arbitrage « *quelle que soit la nature juridique du contrat* ».

Pour comprendre cette précision, il faudrait avoir en mémoire la discussion restée ouverte sur la mesure de l'ouverture de la justice arbitrage aux personnes morales de droit public². En effet, en dépit de la formule du texte, la question de savoir si les contrats administratifs peuvent être soumis aux arbitres n'était pas indiscutablement tranchée. La nouvelle rédaction du texte permet de soutenir qu'il importe peu que le contrat en cause dans le contentieux impliquant la personne morale de droit public soit de droit

compromettre dans l'espace Ohada », *Rev. cam. arb.* numéro spécial févr. 2010, p. 105 ; Ohadata D-11-39.

2. Voir R. NEMEDEU, « La recherche du critère d'arbitrabilité des litiges concernant les personnes morales de droit public en droit Ohada », *Revue africaine des sciences juridiques*, vol. 6, n° 1 (2009), p. 45 et s.

privé ou de droit public. Sont ainsi évitées toutes les difficultés qu'on connaît en France en ce qui concerne le traitement des contrats administratifs³.

Parce que l'État peut soumettre à l'arbitrage les différends portant sur les droits dont il a la libre disposition, il n'y a pas de raison de dire que les différends fiscaux, par exemple, sont inarbitrables.

Le législateur ayant aussi unifié le régime de l'arbitrage par extension à l'arbitrage interne des faveurs de l'arbitrage international, il importera peu que le contrat à l'occasion duquel la convention d'arbitrage est conclue soit interne ou international.

2. Impossibilité pour la personne morale de droit public d'invoquer son droit pour se délier de son engagement

Le législateur souligne que la personne morale de droit public partie à une convention d'arbitrage ne saurait invoquer son droit pour contester l'arbitrabilité d'un différend, sa capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage. Le législateur reprend là, et accentue, une solution contenue dans la loi fédérale suisse de droit international privé (art. 177).

Dans une affaire où l'État guinéen, partie à la convention d'arbitrage, invoquait le défaut de pouvoir de son représentant, la CCJA a appliqué cette solution⁴.

L'indication que les personnes morales de droit public ne peuvent pas invoquer leur droit pour se délier de leur engagement peut paraître redondante si l'on pense à ce qui est prévu s'agissant de la validité de la convention d'arbitrage conclue par n'importe quelle personne ; elle s'explique cependant par l'attitude des personnes morales de droit public, lesquelles, souvent, acceptent en toute connaissance de cause les clauses compromissaires, pour ensuite en invoquer la nullité. L'entité publique s'engage par « réalisme », mais revient sur son engagement en invoquant sa loi, car de façon classique, lorsqu'on réfléchit en termes de conflit des lois, c'est la loi de l'État Partie à un contrat qui s'applique à la capacité de celui-ci. Le législateur Ohada contourne la difficulté relative à la contestation de la validité de la convention d'arbitrage, en posant une règle matérielle de droit international privé.

Il reste que le critère d'arbitrabilité posé par le législateur Ohada, la libre disponibilité du droit en cause dans le litige, ne peut parfois être mis en œuvre sans recours au droit interne. La personne morale de droit public

3. Voir C. SÉRAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, LGDJ, Paris, 2013, n° 622 et s.

4. CCJA, arrêt n° 012/2011, du 29 nov. 2011, Ohadata J-13-142.

est-elle, sur la question de l'arbitrabilité du différend, toujours interdite de recourir à son droit interne ? Un auteur a pensé que cette interdiction ne peut valoir qu'en droit international, sur le fondement du principe *pacte sunt servanda* depuis longtemps établi en droit international et implicitement consacré par l'alinéa 2 ci-dessus, de sorte qu'en droit interne, la personne morale de droit public conserverait la faculté d'invoquer l'indisponibilité du droit tirée de son propre droit⁵.

3. Critère d'arbitrabilité

Le souci d'uniformisation des solutions qui est au cœur de l'entreprise d'harmonisation connaît une importante limite en ce qui concerne le critère d'arbitrabilité des différends. Le législateur indique que toute personne « *peut recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a la libre disposition* ». Or, ni l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage ni aucun autre texte Ohada ne donnent la liste des droits dont les titulaires auraient la libre disposition. Il faudrait donc recourir au droit national applicable, sans que puisse être opposé le fait que l'Acte uniforme semble plus favorable à la méthode des règles matérielles en ce qui concerne l'appréciation de la validité de la convention d'arbitrage.

Dans les droits nationaux des États Parties au Traité Ohada, on ne trouvera pas dressée la liste des droits dont les titulaires auraient la libre disposition. On procèdera par conséquent au cas par cas, en examinant si tel droit objet de la convention d'arbitrage est un droit indisponible, avec naturellement le risque que la réponse puisse varier d'un État à l'autre. Même l'appartenance des États membres de l'Ohada à une même famille de droit ne garantit pas une solution identique.

Un droit est disponible lorsqu'il est sous l'absolue maîtrise de son titulaire, qui peut ainsi l'aliéner, voire y renoncer⁶. Lorsqu'on conçoit ainsi la libre disponibilité, on comprend qu'il n'est pas facile de la mettre en œuvre, car la maîtrise d'un sujet sur son droit peut varier en fonction du temps, et il y aurait même des degrés dans l'absolutisme de la maîtrise.

Très souvent, on considère que les droits extrapatrimoniaux sont indisponibles et que les droits patrimoniaux sont disponibles. Mais l'analyse doit être bien nuancée. D'abord, les droits extrapatrimoniaux font de plus en plus l'objet de conventions à incidence patrimoniale ; les droits naissant de ces conventions ne sont par conséquent pas indisponibles. Ensuite, en droit des personnes et de la famille, matière par excellence de droits

5. Voir R. NEMEDEU, art. préc., p. 49.

6. Voir P. LEVEL, « L'arbitrabilité », in *Perspectives d'évolution du droit français de l'arbitrage*, Rev. arb. 1992, p. 219.

extrapatrimoniaux, il y a des espaces de droits patrimoniaux, forcément ouverts à l'arbitrage.

Enfin, comme on l'a indiqué plus haut, la maîtrise des titulaires sur leurs droits patrimoniaux peut être très variable.

L'erreur serait de raisonner par matières et en généralisant trop rapidement. Il serait inexact d'affirmer que les différends individuels de travail, par exemple, ne sont pas arbitrables⁷. Les droits résultant de la relation de travail ne sont complètement ou définitivement indisponibles dans aucun État Partie à l'Ohada. Lorsque l'indisponibilité est temporaire, le droit redevient disponible lorsque la cause d'indisponibilité disparaît ; selon les cas, ce sera la naissance du droit ou la cessation de la subordination. L'essentiel du contentieux du travail éclate à la cessation de la relation de travail, donc lorsque les droits sont nés et que la subordination a cessé. Cela signifie qu'à la limite on invaliderait la clause compromissoire et pas le compromis d'arbitrage. La cour d'appel d'Abidjan (Côte d'Ivoire) a pu ainsi, sans craindre qu'elle contribuait à régler par voie arbitrale un litige non arbitral, désigner un arbitre pour statuer sur le contentieux des indemnités consécutives à la rupture des contrats de travail de deux salariés⁸. Cette juridiction a statué ainsi, alors même que la clause compromissoire à la base du déclenchement de la procédure d'arbitrage était contenue dans un « règlement d'emploi », ce qui laisse croire que les salariés n'avaient même pas participé à son élaboration.

Le caractère disponible du droit litigieux permet de juger arbitrables les différends du droit de la consommation, sauf à imaginer que les droits du consommateur soient temporairement indisponibles, ce qui conduirait à admettre la validité du seul compromis d'arbitrage. Par ailleurs, sont arbitrables les différends relatifs à la propriété intellectuelle, particulièrement ceux portant sur l'exploitation des titres.

En choisissant de retenir pour l'arbitrabilité des différends le critère de libre disponibilité du droit litigieux, l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage met hors d'usage tous les autres critères qui existaient dans les États Parties à l'Ohada⁹. Au rang de ces critères désormais non utilisables, doivent être mentionnés le caractère d'ordre public des règles applicables à

7. Pour l'arbitrabilité des différends de travail, voir N. AKA, *Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage dans l'espace Ohada*, annoté et commenté, Zeus Production, Abidjan, p. 6 ; J.-M. TCHAKOUA, « L'arbitrabilité des différends dans l'espace Ohada », *Penant* 2001, p. 21 et s. ; P. MEYER, *Ohada : Droit de l'arbitrage*, Bruylant, Bruxelles, 2000, n° 170 ; H. TCHANTCHOU, « L'arbitrage en droit africain du travail (rétrospectives et perspectives à la veille de l'Acte uniforme Ohada sur le droit du travail », *Rev. cam. arb.* n° 28, 2005, p. 3.

8. CA Abidjan, ord. n° 1435 du 27 mars 2003, Ohadata, J-04. 177.

9. Voir J. M. TCHAKOUA, « L'arbitrabilité des différends dans l'espace Ohada », art. préc.

la cause, le caractère communicable de la cause, la qualité de personne publique d'une des parties au différend, etc.

Il importe cependant de se demander s'il ne subsiste pas des contentieux fermés à l'arbitrage alors même que les droits en cause seraient disponibles. Cela signifierait que pour ces contentieux, est prévue la compétence exclusive d'une juridiction étatique. On devrait admettre que ces compétences exclusives sont possibles ; mais la difficulté reste de savoir à quel moment, au regard de la construction des solutions, on peut dire que telle disposition répartit les compétences seulement entre les juridictions étatiques et donc sans exclure la voie arbitrale et quand, au contraire, elle exclut l'arbitrage. Une première matière de compétence exclusive se dégage cependant : les procédures collectives. L'arbitre ne peut ni ouvrir ni conduire une procédure collective. Au moins deux arguments permettent de soustraire à l'arbitrage les procédures collectives : d'une part, elles entraînent l'interdiction ou l'interruption des poursuites individuelles et font fondre tous les créanciers dans une masse. Aucun ne peut s'en soustraire en invoquant une clause compromissoire ni, *a fortiori*, un compromis conclu après l'ouverture de la procédure collective. L'hypothèse que tous les créanciers peuvent conclure un compromis d'arbitrage avec le débiteur est vraiment d'école. D'autre part, l'organisation de la procédure collective avec ses différents organes, notamment le juge commissaire et, en arrière-plan, le ministère public, montre que la voie arbitrale est, à certains égards, difficile ou impraticable.

Il reste que les différends qui peuvent se régler sans perturber la procédure collective peuvent être soumis à l'arbitrage et que l'arbitre peut trouver des espaces dans ce champ qui lui semble *a priori* fermé. Tout d'abord, si une instance arbitrale est en cours au moment où s'ouvre la procédure collective, elle devra être suspendue au moins jusqu'à la déclaration de créance. Elle devrait pouvoir reprendre même si l'arbitre ne pourra condamner à l'exécution le débiteur qui fait l'objet de procédure collective ; il devra donc, le cas échéant, fixer simplement le montant de la créance. Si l'instance arbitrale n'est pas en cours au moment de l'ouverture de la procédure collective, le créancier ne pourra l'engager sans avoir soumis sa créance à la vérification. Lorsque la procédure arbitrale est engagée après cette formalité, l'arbitre a le pouvoir de vérifier la créance¹⁰.

Une seconde question qui semble soumise à la compétence exclusive d'une juridiction étatique est le contentieux de la validité des titres de propriété intellectuelle. Si l'on tient pour acquis le fait que les différends relatifs à l'exploitation des titres sont arbitrables, cette conclusion ne s'impose pas

10. Voir K. DOUJANI, « Arbitrage et procédures collectives dans l'espace Ohada », *Penant* n° 870, p. 103.

avec évidence s'agissant de ceux relatifs à leur validité. La question de la validité du titre peut se poser, incidemment, dans un contentieux relatif à son exploitation ; empêcher l'arbitre d'y statuer n'est pas une bonne solution, car elle encouragerait les manœuvres dilatoires. Même l'effet *erga omnes* des décisions d'annulation des titres n'est pas un argument irréductible contre la compétence de l'arbitre. Certains droits étrangers, notamment belge et suisse, reconnaissent un effet absolu à la sentence arbitrale constatant la nullité du brevet, ce qui peut conduire à la radiation du titre sur le registre du brevet¹¹. Dans le système de l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle (OAPI), les titres de propriété sont délivrés par l'Organisation, qui connaît du contentieux de la délivrance, du maintien et de la restauration. Dans ces conditions, on ne voit pas comment l'arbitre pourrait en connaître. Le contentieux de l'exploitation et de la validité des titres est, quant à lui, soumis aux juridictions judiciaires des États membres, ce qui ne signifie pas nécessairement que les arbitres en sont exclus. Cette analyse est confortée par la récente création d'un centre d'arbitrage et de médiation sous les auspices de l'Organisation.

Le Règlement d'arbitrage de ce centre prévoit que les différends de la compétence du centre doivent porter sur la propriété intellectuelle ; il ne règle cependant pas entièrement la question de l'arbitrabilité des différends. En son article 2, il prévoit en effet que « *Les droits de propriété intellectuelle en litige doivent pouvoir faire l'objet d'un arbitrage* ». Cette réserve n'étonne pas : la question de l'arbitrabilité doit être réglée par la loi applicable à la convention d'arbitrage et, en fonction des données du problème, on pourrait appliquer le critère d'arbitrabilité ci-dessus posé par l'Acte uniforme ou un critère différent.

11. Voir F. PERRET, « L'arbitrabilité des contentieux en matière de brevet d'invention », in *Liber Amicorum Claude Reymond*, Litec, 2004, p. 229, spéc. n° 4, p. 232.

Article 3

L'arbitrage peut être fondé sur une convention d'arbitrage ou sur un instrument relatif aux investissements, notamment un code des investissements ou un traité bilatéral ou multilatéral relatif aux investissements.

1. Arbitrage sur la base d'une convention d'arbitrage classique et arbitrage fondé sur un instrument relatif aux investissements

Le législateur indique que « *L'arbitrage peut être fondé sur une convention d'arbitrage ou sur un instrument relatif aux investissements [...]* ». Il s'agit d'une innovation majeure, destinée à adapter le droit de l'arbitrage Ohada à l'arbitrage des investissements, caractérisé notamment par la diversité de modalités de recours à l'arbitrage. En effet, l'arbitrage est un service, et dans le marché de ce service, c'est le produit présentant le plus d'atouts qui peut le plus se vendre. Dans la concurrence ainsi ouverte, le droit Ohada de l'arbitrage partait défavorisé par rapport aux systèmes d'arbitrage qui admettent expressément des modes d'accès autres que le contrat dans son régime classique¹.

Dans le domaine particulier de l'arbitrage des différends relatifs aux investissements, la formule par laquelle les États d'accueil de l'investissement prévoient l'arbitrage comme mode de règlement des différends éventuels est apparue comme une des garanties offertes aux investisseurs. Cette garantie est offerte dans le traité relatif à la protection réciproque des investissements entre les États, sans qu'aucun investisseur ne soit engagé dans le traité.

Cette formule se présente comme un engagement direct de l'État de soumettre à l'arbitrage tout différend relatif aux investissements qui pourrait l'opposer à un investisseur ressortissant de l'autre État Partie au traité, et ce, même en l'absence de lien contractuel entre lui et cet investisseur.

-
1. Voir R. KNIÉPER « L'arbitrage des différends relatifs aux investissements en Afrique francophone au sud du Sahara : l'Ohada et le CIRDI », *Penant* n° 881, p. 485 ; W. BEN HAMIDA, « La participation des personnes publiques subsahariennes à l'arbitrage des investissements », *Penant* n° 881, p. 464 ; D. C. SOSSA, « L'extension de l'arbitrabilité objective aux accords de développement dans l'espace Ohada », *Penant* n° 884, p. 269 ; G. A. TAMKAM SILATCHOM, *La contribution de l'arbitrage à la promotion des investissements : étude comparée des systèmes d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) et du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)*, thèse de doctorat Ph. D. Université de Yaoundé II, 2015.

La formule ne peut aboutir à imposer la voie arbitrale à l'investisseur, puisqu'il donne son consentement à l'arbitrage au moment de sa demande d'arbitrage. C'est pourquoi, au lieu de voir dans la formule un arbitrage sans consentement réciproque, il faudrait y voir un arbitrage sur consentements dissociés : celui de l'État est donné dans le traité, par une sorte d'offre générale et impersonnelle faite à tout investisseur de l'autre État contractant ; celui de l'investisseur est donné à travers la demande d'arbitrage².

S'il est habituel que de telles formules de consentement anticipé de l'État figurent dans des traités relatifs aux investissements, il n'est pas exclu qu'elles soient contenues dans un autre texte. L'Acte uniforme en tire des enseignements et cite parmi les instruments relatifs aux investissements, et de façon non exhaustive, le code des investissements, un traité bilatéral ou multilatéral relatif aux investissements.

Dès lors qu'il n'est pas nécessaire que l'État et l'investisseur étranger soient, avant la demande d'arbitrage, liés contractuellement, les différends pouvant être soumis à l'arbitrage peuvent être de nature très diverse : il suffit qu'ils soient relatifs aux investissements. Pourrait ainsi être soumis à l'arbitrage le différend né de toute mesure que l'État prendrait et qui affecterait l'investissement.

2. Contresens à éviter

Le législateur rappelle que : « *L'arbitrage peut être fondé sur une convention d'arbitrage* ». La formulation de la solution n'est pas très heureuse dans un contexte où l'arbitrage forcé est supprimé. Elle ne s'explique que par le souci d'introduire la seconde modalité du recours à l'arbitrage dans le domaine des investissements. Au demeurant, cette seconde modalité ne remet pas en cause la nécessité d'une convention d'arbitrage, mais construit autrement la marche vers la formation de celle-ci. En conséquence, toutes les solutions du régime conventionnel de l'arbitrage s'appliquent à l'arbitrage fondé sur un instrument relatif aux investissements, et notamment l'article 13 *infra*.

La CCJA a eu l'occasion de rappeler qu'en l'absence de convention d'arbitrage, la sentence arbitrale doit être annulée. En l'espèce, la convention était alléguée par le demandeur, contestée par le défendeur et il n'y avait pas la preuve de son existence³.

2. Sur cette formule appelée « *arbitration without privity* », voir J. PAULSSON, « *Arbitration without privity* », *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 10, Issue 2, 1 October 1995, p. 231-257.

3. CCJA, arrêt n° 039/2014 du 17 avr. 2014, biblio.ohada.org/pmb/opac_css/doc_num.php?explnum_id=3424

Un peu plus tôt, une cour d'appel du Cameroun avait annulé une sentence arbitrale pour absence de convention d'arbitrage⁴.

3. Convention d'arbitrage et tiers

Il est des hypothèses où on peut être lié par une convention d'arbitrage à la conclusion de laquelle on n'a été ni présent ni représenté. C'est le cas lorsqu'on adhère aux statuts d'une société qui prévoient que tous les litiges entre associés doivent être réglés par voie d'arbitrage. C'est également le cas lorsqu'on reprend les droits et obligations d'une partie signataire d'une convention d'arbitrage. C'est enfin le cas lorsqu'on se voit transmettre des droits affectés par une clause d'arbitrage ; et dans certaines conditions lorsqu'on est une société du même groupe que le signataire de la convention. La cour d'appel du Littoral (Cameroun) a ainsi étendu à des filiales de deux sociétés mères la clause compromissoire conclue par ces dernières⁵.

La CCJA a cependant jugé, dans une espèce où un associé lié par un pacte d'actionnaires avait vendu à un tiers une partie de ses actions, que l'acquéreur ne pouvait être lié par la clause compromissoire contenue dans le pacte d'actionnaires que s'il avait signé ledit pacte⁶.

Les solutions consistant dans la transmission ou l'extension de la convention d'arbitrage s'ajoutent aux mécanismes classiques par lesquels une personne au départ non liée par un rapport en arrive à s'y incruste, tels que la stipulation pour autrui, la promesse de porte-fort, le cautionnement, la garantie autonome⁷.

4. Convention d'arbitrage et existence du consentement à l'arbitrage

Dans la pratique, la difficulté en présence d'une convention d'arbitrage peut porter sur l'existence du consentement à l'arbitrage. La cour d'appel de l'Ouest (Cameroun) a connu d'une espèce où la convention d'arbitrage résultait, selon la partie qui s'en prévalait, du silence gardé par l'autre partie à qui l'offre d'arbitrage avait été faite. Cette offre, qui ne contenait

4. CA du Centre, arrêt n° 318/civ., 30 sept. 2009, Ohadata J-10-133.

5. CA du Littoral, arrêt n° 026/C du 18 janv. 2013, *Juridis Périodique n° 100 (2014)*, revue de jurisprudence, p. 77.

6. CCJA, arrêt n° 003/ 2011 du 31 janv. 2011, *Affaire Planor Afrique SA c/Atlantique Télécom. SA*, Recueil Penant n° 881, déc. 2012, note J.-M. TCHAKOUA.

7. Sur la question du rayonnement de la convention d'arbitrage, voir J.-M. TCHAKOUA, « La convention d'arbitrage », in *Encyclopédie du droit Ohada*, Lamy, 2011, p. 577 ; Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op. cit., n° 193 ets. et n° 711 ets. ; J.-L. DELVOLVÉ, « L'arbitrage et les tiers », *Rev. arb.* 1988, p. 431.

aucune indication sur le type d'arbitrage proposé (*ad hoc*? institutionnel?), indiquait que le destinataire devait répondre, au choix, par divers moyens proposés dont le silence gardé pendant huit jours. La cour d'appel a relevé que le consentement à l'arbitrage ne pouvait résulter d'un tel silence, alors surtout que l'acte d'huissier contenant l'offre avait été servi à une secrétaire de l'agence de Bafoussam alors que le représentant légal du destinataire travaillait au siège à Yaoundé⁸.

Le Tribunal de grande instance de Yaoundé a conclu à l'existence de la volonté de recourir à l'arbitrage dans une espèce où dans le contrat principal, était prévue une clause intitulée «Juridiction/Arbitrage», et qui prévoyait le recours à l'arbitrage en cas de litige⁹.

5. Représentation à la conclusion de la convention d'arbitrage

La représentation en matière de conclusion de convention d'arbitrage pose des problèmes qui sont parfois délicats, que le représenté soit personne physique ou personne morale. La représentation des personnes physiques pose essentiellement le problème de la force de l'habilitation nécessaire. À cet égard, il ne semble pas sans intérêt de partir de la jurisprudence française, au moins à titre d'exemple qu'on pourrait suivre dans l'espace Ohada. La cour d'appel de Paris a affirmé que « *l'arbitrage est l'un des modes normaux de règlement des litiges entre commerçants; que la signature d'un compromis constitue dès lors, en matière commerciale, un acte de gestion courante* »¹⁰. Si l'on admet qu'en droit Ohada on ne distingue pas entre l'arbitrage civil et l'arbitrage commercial et que l'unification du régime de l'arbitrage s'est faite par extension à l'arbitrage interne des faveurs de l'arbitrage international, il faudrait penser que conclure une convention d'arbitrage sera plus souvent un acte d'administration, ce qui implique que le pouvoir nécessaire à la signature sera celui nécessaire à la passation des actes d'administration.

S'agissant des personnes morales, le problème est davantage celui des pouvoirs de leurs organes dirigeants. Il va de soi que le représentant légal d'une société commerciale peut engager celle-ci sans justifier d'un mandat spécial, car conclure une convention d'arbitrage est un acte de gestion courante. La Cour suprême de Côte d'Ivoire en a ainsi jugé s'agissant du directeur général d'une société anonyme¹¹. Il faudrait aussi rappeler que l'article 121 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales

8. CA de l'Ouest, arrêt n° 2 du 12 mars 2008, Ohada, *Recueil de jurisprudence nationale*, 2010, 7CM251.

9. TGI de Yaoundé, jugement n° 407 du 24 mai 1995, *Juridis Périodique* n° 37 (1999), p. 21.

10. Paris, 4 janv. 1980, *Rev. arb.* 1981, p. 160, note P. LEVEL; Cass. 1^{re} civ., 8 juill. 2009, *Rev. arb.* 2009, p. 529, note D. COHEN.

11. CS, arrêt n° 228/02 du 14 mars 2002, Ohadata J-04-63.

et du groupement d'intérêt économique dispose qu'à l'égard des tiers, les organes de gestion, de direction et d'administration ont, dans les limites qu'il fixe pour chaque type de société, tout pouvoir pour engager la société, sans avoir à justifier d'un mandat spécial. Toute limitation de leurs pouvoirs légaux par les statuts est inopposable aux tiers de bonne foi.

Les personnes morales de droit public, et particulièrement l'État, ont habituellement la tentation de contester leurs engagements au motif que leurs représentants ont agi sans mandat. Sur ce point, la CCJA a jugé que le défaut de pouvoir d'un ministre représentant l'État ne peut être un motif d'invalidité de la convention d'arbitrage signée par ledit ministre¹². La solution est juste, non seulement parce qu'il y aurait une sorte de mauvaise foi de l'État à renier ainsi ses engagements, mais aussi parce que l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage interdit à l'État d'invoquer son droit pour contester la validité de la convention d'arbitrage (art. 2, alinéa 2 préc.).

12. CCJA, arrêt n° 012/2011, du 29 nov. 2011, Ohadata J-13-142.

Article 3-1

La convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis.

La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties s'engagent à soumettre à l'arbitrage les différends pouvant naître ou résulter d'un rapport d'ordre contractuel.

Le compromis est la convention par laquelle les parties à un différend déjà né conviennent de le régler par la voie de l'arbitrage.

La convention d'arbitrage doit être faite par écrit ou par tout autre moyen permettant d'en administrer la preuve, notamment par la référence faite à un document la stipulant.

1. Recours à l'arbitrage par une clause compromissoire ou par un compromis

Cette nouvelle disposition est innovatrice à deux niveaux d'inégale importance. Tout d'abord, elle donne la définition de la clause compromissoire et du compromis. Il n'est pas habituel que le législateur procède à des définitions ; en général, cela n'est fait que lorsque plusieurs acceptions d'un terme sont en usage et que pour les besoins du texte, il en retient une. Or, il ne semble pas que ce soit le cas en ce qui concerne le compromis et la clause compromissoire. La décision de les définir paraît donc troublante, et pourrait même laisser penser que le législateur prend position dans la controverse apparue en doctrine sur la question de savoir si l'Acte uniforme autorise l'arbitrage seulement en matière contractuelle ou également en matière non contractuelle¹.

Effectivement, en s'attachant à la lettre du nouveau texte, on pourrait affirmer qu'avant la naissance du différend, la convention d'arbitrage ne pourrait être conclue que pour les différends d'ordre contractuel, alors qu'à la naissance du différend, le compromis pourrait être conclu même dans des matières qui ne sont pas d'ordre contractuel.

1. Pour la limitation à la matière contractuelle, voir J. M. TCHAKOUA, « L'arbitrabilité des différends dans l'espace Ohada », *op. cit.*, p. 10 et s. ; O. SADJO, « L'arbitrabilité », in *Encyclopédie du droit Ohada*, P.-G. POUYOUÉ (dir.), Lamy, 2011, p. 229 ; pour l'ouverture également à la matière non contractuelle, voir A. FÉNEON, *Droit de l'arbitrage, Commentaires de l'Acte uniforme sur l'arbitrage et du règlement de la CCJA*, Edicef/Éditions FFA, Paris, 2000, p. 21 ; P. MEYER, *Ohada, Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, P. G. NGOUMTSA ANOU, *Droit Ohada et conflit de lois*, LGDJ, 2013.

Il n'est cependant pas certain que telle ait été la volonté du législateur ; il pourrait avoir simplement cru que c'est à l'occasion d'un rapport d'ordre contractuel qu'une clause compromissoire peut être négociée. Or, des voisins qui ne sont pas dans un rapport d'ordre contractuel pourraient décider de soumettre à l'arbitrage tous les différends pouvant naître de leurs rapports de voisinage.

2. Forme de la convention d'arbitrage

La règle posée en ce qui concerne la forme de la convention d'arbitrage pourrait prêter à équivoque si on lit rapidement le dernier alinéa de l'article 3-1. Une lecture attentive permet de conclure que le législateur consacre ici le consensualisme. En effet, s'il indique que la convention d'arbitrage doit être écrite, il ne fait pas de l'écrit une condition de validité de la convention. En effet, en ajoutant « *ou par tout autre moyen permettant d'en administrer la preuve* », le législateur fait voir qu'il privilégie l'écrit simplement à titre de preuve. La formule utilisée témoigne au demeurant de ce que l'écrit n'est pas le seul mode de preuve admis. La convention d'arbitrage pourrait donc être verbale.

Le libéralisme qu'on retrouve dans l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage est inspiré de la loi type de la CNUDCI². On le retrouve également en France en matière d'arbitrage international, où l'article 1507 du Code de procédure civile dispose que « *La convention d'arbitrage n'est soumise à aucune condition de forme* ».

L'écrit servant de preuve de la convention d'arbitrage pourrait être n'importe lequel établissant clairement que celle-ci est imputable aux parties. On pense naturellement à un document signé des parties, mais aussi à un échange de correspondances, sur support papier ou par voie électronique, voire un échange de conclusions dans lesquelles une convention d'arbitrage est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre.

Le législateur Ohada vise spécifiquement la référence à un document contenant la convention d'arbitrage. La formule pourrait paraître étonnante, car elle peut conduire à l'arbitrage quelqu'un qui a agi sans attention suffisante. Mais il faudrait se rappeler que la conclusion d'une convention d'arbitrage est un acte de gestion courante et que, notamment dans le milieu des affaires, il faudrait agir toujours avec le maximum de vigilance. À partir du moment où le législateur parle de « *la référence faite à un document la contenant* », on doit comprendre qu'il n'est pas nécessaire que celui à qui on oppose la convention d'arbitrage ait effectivement lu ni, *a fortiori*, signé celle-ci ; il suffit qu'il y ait eu dans le document qu'il a par exemple signé ou

2. Voir L. DEGOS, « La CNUDCI abandonne l'exigence d'écrit pour la convention d'arbitrage », *Gaz. Pal.* 22-24 avr. 2007, *Cah. arb.* 2007/1, p. 5.

qu'il a même simplement vu, la référence au document contenant la convention d'arbitrage. On peut donc juger critiquable la position de la cour d'appel de Ouagadougou, qui a refusé d'appliquer un tel raisonnement dans un cas où la clause d'arbitrage était contenue dans le pacte d'actionnaires et non pas dans le contrat de cession d'actions, en relevant que la portée *ratione personae* d'une convention d'arbitrage est déterminée à partir de la signature de l'acte contenant la convention d'arbitrage³.

Plus conforme au droit est, en revanche, la solution de la CCJA ayant admis une clause d'arbitrage contenue dans un protocole annexé à un contrat, en relevant que la situation ou les activités de la partie qui voulait s'en délier faisaient présumer qu'elle avait connaissance de l'existence et de la portée de la clause⁴. Il faudrait bien remarquer qu'à partir des circonstances qu'elle relève, la Cour présume la connaissance de l'existence et de la portée de la clause. C'est dire qu'il n'est pas question qu'on prouve, contre celui qui s'en défend, la connaissance de la clause.

Si le législateur met un accent particulier sur l'écrit, cela semble justifié par le fait qu'en l'absence d'écrit, il est très difficile de prouver l'existence de la convention d'arbitrage. Les juridictions ont conclu dans un certain nombre de cas que n'existait pas de convention d'arbitrage, faute pour la partie qui l'invoquait d'administrer la preuve du consentement de l'autre partie⁵.

3. CA Ouagadougou, arrêt n° 037, 19 juin 2009, Ohadata J-10-214. À sa suite, CCJA, arrêt n° 003/2011 du 31 janv. 2011, *Affaire Planor Afrique SA c/Atlantique Télécom. SA*, *Recueil Penant* n° 881, déc. 2012, note J.-M. TCHAKOUA.

4. CCJA, arrêt n° 012/2005, du 24 févr. 2005, Ohadata J-05-357.

5. CA du Centre (Cameroun), arrêt n° 381/civ. 30 sept. 2009, Ohadata J-10-133 ; CCJA, arrêt n° 039/2014 du 17 avr. 2014 ; biblio.ohada.org/pmb/opac_css/doc_num.phpexplnum_id=3424.

Article 4

La convention d'arbitrage est indépendante du contrat principal.

Sa validité n'est pas affectée par la nullité de ce contrat et elle est appréciée d'après la commune volonté des parties, sans référence nécessaire à un droit étatique.

Les parties ont toujours la faculté, d'un commun accord, de recourir à l'arbitrage, même lorsqu'une instance a déjà été engagée devant une autre juridiction.

1. Autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal

Lorsque la convention d'arbitrage intervient après la naissance du différend, on ne pourrait pas comprendre la portée réelle de la règle de son indépendance, car il paraîtrait sans doute évident qu'elle est très distincte du contrat sur lequel porte le différend. C'est donc en présence d'une convention d'arbitrage conclue avant la survenance du différend que la solution prévue à l'alinéa 1 ci-dessus prend tout son sens, d'autant plus que la convention d'arbitrage pourrait n'être, dans la forme, qu'une clause du contrat principal. Dans ce cas, elle constitue une convention entière, distincte et indépendante du contrat principal qui la contient. La règle ainsi consacrée prend son origine dans l'arrêt *Gosset* de la Cour de cassation française, qui a affirmé qu'« *en matière d'arbitrage international, l'accord compromissoire, qu'il soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait, présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles [...], une complète autonomie juridique, excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte* »¹. La solution a depuis lors évolué, pour s'exprimer désormais aussi bien en droit interne qu'en droit international, et sans la moindre réserve de circonstances exceptionnelles.

La convention d'arbitrage peut ne pas lier toutes les parties signataires du contrat principal, encore que dans certaines circonstances, une des parties au contrat principal non originairement liée par la convention d'arbitrage puisse se la voir étendre.

La portée du principe d'indépendance de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal doit être précisée. Le législateur dégage le principe dans l'alinéa premier et en fait une application en

1. Cass. 1^{re} civ., 7 mai 1963, *JCP* 1963, II, 13405, note B. GOLDMAN.

début d'alinéa 2, qui dispose : « *Sa validité n'est pas affectée par la nullité de ce contrat [...]* ». Or, on sait que la règle vise à empêcher que celui qui a conclu une convention d'arbitrage résiste désormais à la voie de l'arbitrage en tirant prétexte de l'inefficacité juridique du contrat principal. Dans cette volonté, il pourrait invoquer non seulement la nullité de ce contrat, mais encore sa résiliation, sa résolution, l'absence de prise d'effet. C'est pour quoi il aurait été judicieux que le législateur utilise une notion plus englobante que celle de « nullité », à savoir l'« inefficacité » du contrat principal.

Si la convention d'arbitrage ne doit pas souffrir des vicissitudes du contrat principal, c'est bien parce qu'elle a nécessairement un objet distinct, le règlement des différends susceptibles de naître de ce contrat. Les différends ayant trait à la nullité, la prise d'effet, la résiliation du contrat principal sont très souvent ceux visés par la convention d'arbitrage. Le cas échéant, l'arbitre doit constater l'inefficacité du contrat principal et en tirer des conséquences.

La CCJA a fait une intéressante application du principe d'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal dans une espèce où le contrat principal avait été anéanti d'un commun accord. Le différend né par la suite avait été porté devant le juge étatique. Pour rejeter le déclinatoire de compétence formulé par le défendeur, la cour d'appel de Bamako avait jugé que « *CANAC Sénégal SA avait elle-même signé [...] l'annulation de la convention d'assistance technique, que cette signature équivalait à une renonciation pure et simple à ladite convention [...], que cette convention annulée renferme la clause compromissoire invoquée par CANAC Sénégal, que les appelantes ne peuvent plus se prévaloir de leur propre turpitude pour se prévaloir de cette clause qu'elles ont elles-mêmes annulée* ». La CCJA a cassé sous les visas des articles 4 et 13 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage : Attendu que l'article 4 susvisé énonce : « *la convention d'arbitrage est indépendante du contrat principal. Sa validité n'est pas affectée par la nullité de ce contrat [...]* » ; Que suivant l'article 13, « *lorsqu'un litige, dont un tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention arbitrale, est porté devant une juridiction étatique, celle-ci doit, si l'une des parties en fait la demande, se déclarer incompétente [...]* ».

Attendu qu'il est constant, comme résultant de la requête introductive et de toutes les conclusions devant les juridictions de fond, que l'action intentée par TRANSRAIL SA tend à l'annulation des deux conventions passées entre elle et les Sociétés CANAC Sénégal et CANAC Railway Services Inc. ; qu'il est clairement apparu que ces conventions ont prévu, pour le règlement des différends, le recours à l'arbitrage ; qu'en subordonnant la validité de la clause d'arbitrage à celle de la convention qui la contient, suite à la résiliation du 31 décembre 2005, pour décider que la Société CANAC Sénégal ne pouvait se prévaloir de la clause compromissoire contenue dans le contrat du 15 octobre 2003, la cour d'appel de Bamako, en retenant sa

compétence, a méconnu les dispositions des articles 4 et 13 visés au moyen et sa décision encourt cassation². Dans une autre espèce, elle a jugé qu'une partie ne peut se voir rejeter son déclinatoire de compétence devant le juge étatique au motif qu'elle a, elle-même, annulé le contrat principal qui contient la convention d'arbitrage³.

Bien entendu, les parties à la convention d'arbitrage pourraient ne soumettre à l'arbitrage que certains aspects du contentieux pouvant naître du contrat principal. Elles pourraient notamment ne pas vouloir que l'arbitre statue sur la validité du contrat principal. À condition d'être certaine, cette volonté doit être respectée⁴.

Il n'est pas impossible qu'une cause d'inefficacité touche à la fois le contrat principal et la convention d'arbitrage, par exemple l'absence de consentement. Dans ce cas, les deux sont nuls sans que s'y oppose le principe d'indépendance. La clause d'arbitrage tombe alors d'elle-même et non parce qu'elle est entraînée dans sa chute par le contrat principal. Ayant compétence pour statuer sur sa propre compétence, l'arbitre devra être saisi pour constater, le cas échéant, la nullité de la convention d'arbitrage, ce qui le priverait de compétence pour constater celle du contrat principal.

Lorsque la convention d'arbitrage est nulle, le principe d'indépendance commande que cette nullité n'emporte pas celle du contrat principal. Cette solution est rappelée par l'article 1447, alinéa 2, du Code de procédure civile français, qui prévoit que lorsqu'elle est nulle, la clause compromissoire est réputée non écrite, ce qui laisse subsister le contrat principal. Mais cette solution ne pourrait pas s'appliquer lorsque les parties ont clairement prévu le contraire. L'expérience du droit de l'investissement montre que le mode de règlement des différends est souvent une donnée essentielle des négociations et qu'en dépend souvent le consentement qui peut être donné ou refusé.

2. Autonomie de la convention d'arbitrage par rapport à tout droit étatique

L'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport à tout droit étatique est une règle d'appréciation de sa validité. Elle concerne en principe l'arbitrage international, même si le droit Ohada n'entend pas distinguer entre cet arbitrage et l'arbitrage interne. La règle est une solution aux

2. CCJA arrêt n° 082/2014 du 22 mai 2014, *Recueil de jurisprudence de la CCJA*, n° 22 de janv.-juin 2014, p. 144 ; Ohadata J-14-173.

3. CCJA, arrêt n° 164/2016 du 1^{er} déc. 2016, biblio.ohada.org/pmb/opac-css/doc-num.php?explnum-id=3067

4. Sur la question de l'interprétation de la convention d'arbitrage, voir commentaire sous article 26 *infra* : inexistence de la convention d'arbitrage.

nombreuses difficultés qui résultent de l'utilisation de la méthode des conflits de lois pour résoudre les questions de régime de la convention d'arbitrage internationale. On a pensé qu'il fallait contourner ces difficultés en posant une règle substantielle de validité de cette convention. La nouvelle approche est amorcée, en France, par l'arrêt *Hecht* de la Cour de cassation qui, en se fondant sur l'autonomie de la convention d'arbitrage internationale, l'a fait échapper à la solution de l'illicéité de la clause compromissoire stipulée dans un contrat qui est commercial pour l'une des parties et civil pour l'autre⁵. La solution était ainsi adoptée alors que la loi applicable à la convention d'arbitrage était la loi française choisie par les parties. La solution va s'affirmer et recevoir sa formulation la plus nette dans l'arrêt *Dalico*, duquel il ressort « *qu'en vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et que son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique* »⁶.

La règle que pose l'alinéa 2 ci-dessus est radicale en ce qu'elle énonce le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage sans les réserves que contient l'arrêt *Dalico*, celles des lois impératives et de l'ordre public international. Aux termes de la loi, la convention d'arbitrage se réfère, pour sa validité, à la commune volonté des parties.

La solution est remarquable en ce qu'elle aboutit à conférer aux parties à la convention d'arbitrage un pouvoir plutôt inhabituel, celui de conférer par elles-mêmes validité à leur convention. Or, jusque-là, on pouvait dire que c'est nécessairement par référence à une norme externe aux parties que la validité d'un contrat doit être appréciée⁷.

Le législateur ne le précise pas, mais il faudrait sans doute admettre que la volonté des parties ne devrait pas être la seule référence à l'aune de laquelle il faudrait juger de la validité de la convention d'arbitrage. Si les lois étatiques sont récusées, il y a encore la *lex mercatoria* qui pourrait être sollicitée.

Par ailleurs si l'on part de l'idée que la question de l'arbitrabilité est un aspect de celle de la validité de la convention d'arbitrage, on doit se demander s'il ne conviendrait pas de toujours tenir compte du critère de libre disponibilité du droit en cause, posé par le législateur Ohada lui-même. Le législateur n'a pas pu poser le critère d'arbitrabilité pour ensuite

5. Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 1972, *RCDIP* 1974, p. 82, note P. LEVEL.

6. Cass. 1^{re} civ., 20 déc. 1993, *JDI* 1994, p. 432, note E. GAILLARD.

7. Sur cette analyse, voir Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international op. cit.* n° 590.

permettre que par leur commune volonté les parties l'ignorent. Ce raisonnement vaut en ce qui concerne la convention d'arbitrage internationale, pour laquelle la nouvelle règle d'appréciation de la validité a été à l'origine conçue ; il vaut *a fortiori* en ce qui concerne la convention d'arbitrage interne nécessairement soumise à l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage qui, dans les États Parties à l'Ohada, tient lieu de loi relative à l'arbitrage. La cour d'appel d'Abidjan (Côte d'Ivoire) suit incontestablement ce raisonnement lorsque, pour juger de la validité d'une convention d'arbitrage, elle se réfère à l'article 2 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage⁸. Il faudrait parier que s'il y avait à résoudre dans cette espèce des problèmes de capacité ou, en général, de validité du consentement, le juge l'aurait fait en vertu du droit national.

Le législateur indique qu'il n'est pas nécessaire de se référer à un droit étatique. Mais il n'interdit pas de s'y référer. La solution est de compréhension difficile. Si on l'interprète comme laissant la liberté à celui qui apprécie de choisir entre la méthode des règles matérielles et celle du conflit des lois, on réduit sensiblement la portée de l'innovation ; si l'on décide de combiner les deux méthodes, on se heurte au problème de l'articulation la plus pertinente⁹.

3. Instance judiciaire et conclusion de la convention d'arbitrage

Dans son dernier alinéa, l'article 4 énonce une règle classique : la convention d'arbitrage peut être conclue alors même qu'une instance est déjà engagée devant une juridiction étatique. Une telle attitude traduirait la volonté des parties de quitter la voie de la justice étatique pour celle de la justice arbitrale. Au demeurant, le chemin inverse est possible puisque les parties peuvent, d'un commun accord, renoncer à la convention d'arbitrage¹⁰.

Il va de soi qu'une convention d'arbitrage peut être conclue lorsqu'aucune décision n'est intervenue sur le fond devant le juge étatique. Lorsqu'une décision intervient sur le fond, elle vide le contentieux et a autorité de la chose jugée. On voit alors difficilement les parties conclure une convention d'arbitrage à ce stade. Mais il semble que si elles le font, la convention d'arbitrage devrait produire ses effets, car l'autorité de la chose jugée profite avant tout aux parties, et elles peuvent décider de renoncer au bénéfice d'une première décision de justice.

8. CA Abidjan, arrêt n° 1032 du 30 juin 2002, Ohadata J-03-28.

9. Voir J. METCHUM TAGHUEU, *L'autonomie de l'arbitrage commercial international*, thèse de doctorat Ph. D. Université de Yaoundé II, 2018.

10. Voir en France, Cass. 1^{re} civ., 7 juin 2006, *Rev. arb.* 2006, p. 983.

Chapitre 2

Constitution du tribunal arbitral

Article 5

La mission d'arbitre ne peut être confiée qu'à une personne physique. Le tribunal arbitral est constitué soit d'un seul arbitre, soit de trois arbitres. À défaut d'accord entre les parties, le tribunal arbitral est constitué d'un arbitre unique.

1. Qualité de personne physique nécessaire pour être arbitre

En posant que la mission d'arbitre ne peut être confiée qu'à une personne physique, l'alinéa 1^{er} ci-dessus exclut les personnes morales de cette mission. Cette exclusion est compréhensible : les personnes morales n'agissent concrètement qu'à travers les personnes physiques qui les représentent. Or, la mission de l'arbitre est une mission juridictionnelle qui exclut le mécanisme de la représentation. Cela signifie que la personne physique à qui est confiée la mission d'arbitre ne peut se faire représenter.

À condition de remplir l'exigence d'exercice de ses droits civils qui sera rappelée dans l'article 7 *infra*, toute personne physique peut être arbitre. Cela signifie que le législateur ne pose aucune autre condition, par exemple de compétence technique. Ce libéralisme n'est pas en contradiction avec l'affirmation selon laquelle la justice arbitrale trouve son charme dans le fait qu'elle s'adapte plus facilement à la technicité des litiges. Le législateur n'a simplement pas voulu, à cet égard, substituer son appréciation à celle des litigants. Il revient à ces derniers d'apprécier la technicité du litige et de choisir en conséquence, comme arbitres, les personnes qu'ils estiment les mieux à même de le trancher. Les institutions d'arbitrage, en matière d'arbitrage institutionnel, les aident dans ce sens, en établissant des listes d'arbitres, sur lesquelles on retrouve très souvent une grande variété de compétences, pas nécessairement juridiques. On pourrait ainsi y trouver des ingénieurs, des comptables, des banquiers, des assureurs, etc. Parfois ces listes ne sont pas fermées, de sorte qu'on puisse désigner un arbitre qui n'en fait pas partie. Mais dans la pratique, ne seront souvent désignées arbitres que les seules personnes ayant une compétence reconnue et en rapport avec l'objet du litige. Il est d'usage, notamment lorsque le tribunal arbitral est constitué de trois arbitres, que l'un au moins des trois soit juriste.

2. Nombre d'arbitres

Le deuxième alinéa de cet article met en œuvre la subtile articulation entre l'ordre public et la liberté contractuelle. Il est d'abord question du nombre d'arbitres. Le législateur pose alors une règle impérative : le tribunal arbitral comprend soit un soit trois arbitres.

La règle « un ou trois » s'applique aux arbitrages *ad hoc*, mais aussi aux arbitrages institutionnels des institutions privées, qui sont adossés sur l'Acte uniforme.

La règle permet d'éviter tout blocage lors des délibérations, qui résulterait d'un nombre pair d'arbitres. Mais la facilitation des délibérations n'est pas son seul objectif ; la règle vise aussi à assurer l'efficacité dans le déroulement de la procédure arbitrale, car un trop grand nombre d'arbitres pourrait compromettre le bon fonctionnement (difficulté à coordonner les *agendas*, interminables discussions au sein du tribunal arbitral, etc.). C'est pourquoi l'exigence du législateur ne sera pas remplie si le tribunal arbitral est composé de cinq ou de sept membres. C'est dire que même dans l'hypothèse d'un arbitrage multipartite, on s'attachera à respecter la règle « un ou trois ». Cela pourrait rendre difficile le respect du principe de l'égalité des parties dans la désignation des arbitres. À titre de droit comparé, il faudrait signaler que l'article 1451 du Code de procédure civile français prévoit, simplement, que le tribunal arbitral est composé d'un ou de plusieurs arbitres en nombre impair. Cette solution permet d'assurer plus facilement, dans les arbitrages multipartites, le principe de l'égalité des parties dans la constitution du tribunal arbitral. Cette règle de l'imparité ne s'appliquant au demeurant qu'à l'arbitrage interne ; le tribunal arbitral pourrait donc, en droit français de l'arbitrage international, être composé d'un nombre pair d'arbitres.

Se pose la question de la sanction applicable en cas de non-respect de la règle sur le nombre d'arbitres : une partie qui a participé, sans la moindre contestation, à la constitution du tribunal arbitral conformément à la convention qu'elle a conclue peut-elle, dans la phase post arbitrale, demander l'annulation de la sentence arbitrale pour irrégularité dans la constitution du tribunal arbitral ? L'obligation d'agir avec loyauté ou l'*estoppel* pourrait lui être opposée si elle agit ainsi. Peut-être faudrait-il penser que l'impérativité de la règle autorise simplement la partie la plus diligente à faire rectifier, dès la mise en place du tribunal arbitral, une erreur qui aurait été commise dans la convention d'arbitrage. Le juge qui relèverait d'office, pour annuler une sentence arbitrale, le moyen de la composition irrégulière du tribunal arbitral fondée sur le nombre des arbitres ne rendrait aucun service à la justice.

La pratique arbitrale a connu une espèce singulière, dans laquelle les parties avaient prévu certes un tribunal arbitral à deux membres, mais ajouté

que si ces derniers ne s'entendent pas sur une sentence commune, il faudrait en désigner un troisième. La CCJA a censuré le Tribunal de première instance de Cotonou d'avoir déclaré une telle clause nulle alors que la loi prévoit que le tribunal arbitral peut être complété¹. La Cour de cassation française a suivi un raisonnement similaire dans une espèce où les parties avaient prévu la désignation de deux arbitres amiables compositeurs, le troisième arbitre pouvant être désigné, pour statuer seul, si les deux premiers arbitres ne s'accordent pas sur le fond du litige. La Cour a jugé qu'une telle convention n'est pas manifestement nulle, parce que s'il est sollicité, le juge peut prendre des mesures pour compléter le tribunal arbitral². Cela montre qu'au stade de la constitution du tribunal arbitral, plutôt que d'annuler une convention prévoyant un tribunal à deux arbitres, il faudrait la parfaire.

Dans la pratique, la décision de recourir à un tribunal arbitral à un ou trois arbitres est guidée par la valeur ou la difficulté du litige. La tendance est de ne recourir au tribunal à trois membres que lorsque la valeur du litige est un peu élevée ou que celui-ci est à première vue complexe.

3. Présidence du tribunal arbitral

Dans l'hypothèse où le tribunal arbitral est constitué de trois arbitres, se pose la question de qui en assurera la présidence. La préoccupation présente moins d'acuité en matière d'arbitrage institutionnel, où les règlements d'arbitrage contiennent en général des dispositions sur la désignation du président du tribunal arbitral. Dans l'arbitrage *ad hoc*, il est possible que la convention d'arbitrage contienne des stipulations en matière de désignation du président du tribunal arbitral. À défaut, les trois arbitres devront s'organiser pour faire de l'un d'eux le président. C'est en cas de blocage, très peu probable ici, qu'on pourrait recourir au juge d'appui. Des questions comme celles-ci montrent que les législateurs nationaux ont tort de n'organiser l'appui du juge étatique à la justice arbitrale qu'à la demande expresse du législateur Ohada. Les questions pour lesquelles un appui du juge étatique peut être sollicité vont au-delà des seules que prévoit expressément l'Acte uniforme. Dans le contexte actuel, et en l'absence de désignation dans un État d'un juge d'appui à compétence générale, il semble qu'il faudrait s'adresser à la juridiction de droit commun pour des appuis qui ne sont pas expressément prévus et organisés, ce qui pourrait ne pas être toujours efficace.

1. CCJA, arrêt n° 044/2008 du 17 juill. 2008, Odatata J-10-15.

2. Cass. 1^{re} civ., 8 avr. 2009, *Rev. arb.* 2009, 521, note M. DANIS et B. SINO ; *RTD com.* 2009, 552, obs. É. LOQUIN.

Article 6

Les arbitres sont nommés, révoqués ou remplacés conformément à la convention des parties.

Lorsque les parties ont prévu la désignation de deux arbitres nonobstant les dispositions de l'article 5 alinéa 2 du présent Acte uniforme, le tribunal arbitral est complété par un troisième arbitre choisi par les parties d'un commun accord.

En l'absence d'accord, le tribunal arbitral est complété par les arbitres désignés ou, à défaut d'accord entre ces derniers, par la juridiction compétente dans l'État Partie. Il en est de même en cas de nomination rendue nécessaire pour cause de récusation, d'incapacité, de décès, de démission ou de révocation d'un arbitre.

À défaut d'accord des parties sur la procédure de nomination ou si leurs stipulations sont insuffisantes :

- en cas d'arbitrage par trois arbitres, chaque partie nomme un arbitre et les deux arbitres ainsi nommés choisissent le troisième arbitre ; si une partie ne nomme pas un arbitre dans un délai de trente (30) jours à compter de la réception d'une demande à cette fin émanant de l'autre partie ou si les deux arbitres ne s'accordent pas sur le choix du troisième arbitre dans un délai de trente (30) jours à compter de leur désignation, la nomination est effectuée, sur la demande d'une partie, par la juridiction compétente dans l'État Partie ;
- en cas d'arbitrage par un arbitre unique, si les parties ne peuvent s'accorder sur le choix de l'arbitre, celui-ci est nommé, sur la demande d'une partie, par la juridiction compétente dans l'État Partie.

La décision de nomination d'un arbitre par la juridiction compétente intervient dans un délai de quinze (15) jours à compter de sa saisine, à moins que la législation de l'État Partie ne prévoie un délai plus court. Cette décision n'est susceptible d'aucun recours.

1. Prééminence de la volonté des parties dans la nomination, la révocation et le remplacement des arbitres

Cet article commence par une affirmation capitale du droit de l'arbitrage : « *Les arbitres sont nommés, révoqués ou remplacés conformément à la convention des parties* ». L'affirmation appelle deux commentaires. Tout d'abord, si en

matière d'arbitrage *ad hoc* la volonté des parties s'exprime directement pour dire comment les arbitres sont nommés, révoqués ou remplacés, en matière d'arbitrage institutionnel elle s'exprime à travers le choix du centre d'arbitrage, car ce choix emporte acceptation de son règlement d'arbitrage, lequel peut cependant ouvrir encore quelques espaces d'expression de la volonté des parties. C'est dire que dans toutes ces situations où le législateur donne prééminence à la volonté des parties, il est possible que les règlements d'institutions d'arbitrage contiennent déjà des solutions qui s'imposent à elles. À partir du moment où ces prévisions sont supposées connues de celles-ci, qui les acceptent en soumettant le règlement de leur différend au centre, il faudrait admettre que c'est par le détour de leur volonté que ces règles leur sont appliquées.

Ensuite, le fait que le législateur donne aux parties à l'arbitrage pouvoir pour la nomination, la révocation ou le remplacement des arbitres ne garantit pas que celles-ci exerceront toujours ce pouvoir, et ce convenablement. C'est pourquoi il était important que soient prévues des solutions supplétives. Celles-ci doivent s'appliquer non seulement en situation d'absence ou d'insuffisance de la convention des parties, mais aussi lorsque la mise en œuvre de la solution prévue conduit à un blocage.

La première question traitée est celle des stipulations pathologiques en matière de constitution du tribunal arbitral. Il faudrait se rappeler qu'à l'article 5 ci-dessus, le législateur a prévu qu'il faudrait un ou trois arbitres. Mais il arrive très souvent que dans l'ignorance de cette prescription, les parties prévoient que le tribunal arbitral sera composé de deux arbitres. Une telle convention contient une pathologie qui doit être réparée pour permettre la tenue de l'arbitrage. Il faudrait alors procéder, dans l'optique de la réparation de cette maladresse, à la désignation d'un troisième arbitre. Si les parties ne s'entendent pas à ce sujet, le troisième arbitre sera choisi par les deux premiers arbitres désignés par les parties ; si ces derniers ne s'entendent pas, il sera désigné par la juridiction compétente dans l'État Partie.

La solution ainsi prévue est étendue au cas de nomination rendue nécessaire pour cause de récusation, d'incapacité, de décès, de démission ou de révocation de ce troisième arbitre, ce qui correspond à des hypothèses de remplacement d'arbitre.

La seconde question traitée est celle de la procédure de nomination des arbitres. Le principe est toujours la prééminence de la volonté des parties. Celles-ci sont libres de prévoir la procédure qui leur convient, dont le recours à telle personne ou telle institution. Mais il faudrait préférer le recours à une institution au recours à une personne nommément citée, car dans cette dernière hypothèse, il pourrait y avoir blocage lorsque pour une raison ou une autre cette personne ne peut procéder à la nomination.

On dirait que la stipulation est insuffisante si la personne indiquée ne peut pas procéder à la nomination.

La procédure arbitrale est déclenchée par une partie qui, dans l'hypothèse qui nous concerne ici, invite son adversaire à désigner son arbitre ou lui propose le nom d'un arbitre.

Inviter son adversaire à nommer un arbitre suppose qu'on a, soi-même, nommé le sien et laisse entrevoir que le tribunal arbitral sera constitué de trois arbitres. Si l'adversaire désigné ne nomme pas son arbitre dans un délai de trente jours à compter de la réception de la demande à cette fin, la nomination est effectuée, sur la demande de l'autre partie, par la juridiction compétente dans l'État Partie. En revanche, s'il nomme un arbitre, les deux premiers arbitres nommeront le troisième. Il est d'usage que dans l'exercice de ce pouvoir, les deux premiers arbitres consultent les parties. Cela est fait essentiellement en raison du besoin de consensus en matière de constitution du tribunal arbitral ; mais il n'y a pas irrégularité si les arbitres ne consultent pas les parties.

Proposer un nom d'arbitre à son adversaire laisse pressentir que le tribunal arbitral sera constitué d'un arbitre unique. Si les parties ne s'accordent pas sur le nom de l'arbitre, le juge étatique procède à la nomination.

2. Arbitrages multipartites

Les solutions ci-dessus prévues n'ont pas pris en compte les difficultés qui peuvent naître des arbitrages ayant plus de deux parties (plusieurs demandeurs, plusieurs défendeurs, plusieurs demandeurs et plusieurs défendeurs, appel en garantie d'un tiers au litige lié par la convention d'arbitrage, extension au tiers de la convention d'arbitrage, etc.). La difficulté à résoudre ici est d'organiser la désignation sans rompre le principe d'ordre public d'égalité des parties. La solution pourrait être d'imposer à tous les demandeurs ou à tous les défendeurs de nommer un seul arbitre. Or, les divers demandeurs ou défendeurs peuvent avoir des intérêts différents, au moins en partie. Dans une espèce où la CCI avait cru devoir imposer à plusieurs défendeurs de nommer en commun un seul arbitre, la Cour de cassation française a jugé la solution contraire au principe d'égalité des parties. Elle précise qu'on ne saurait renoncer d'avance à ce principe, mais seulement après la naissance du litige¹. Cela signifie qu'avant, ni un règlement d'arbitrage, ni la clause compromissoire ne pourraient imposer aux défendeurs ou aux demandeurs de désigner en commun un seul arbitre.

Dans le cadre de l'Acte uniforme où le tribunal arbitral est constitué nécessairement d'un ou de trois arbitres, le principe d'égalité des parties est

1. Cass. 1^{re} civ., 7 janv. 1992, *Rev. arb.* 1992, p. 740, note P. BELLET.

extrêmement difficile à mettre en œuvre en ce qui concerne l'arbitrage multipartite. La solution pour résoudre la difficulté pourrait être l'attribution à l'institution d'arbitrage, ou au juge étatique, du pouvoir de nommer tout le tribunal arbitral. C'est elle que prévoient le règlement d'arbitrage de la CCJA (art. 3.1) et le droit français (art. 1453 du Code de procédure civile).

3. Délai de carence

On peut remarquer qu'aucun délai minimum n'est prévu pour constater que les parties ne s'accordent pas pour la désignation de l'arbitre unique : c'est qu'il faut éviter des pertes de temps inutiles lorsqu'on voit que celles-ci ne s'accorderont pas. Le Tribunal de commerce de Pointe-Noire (Congo) a justement estimé que le silence gardé par une partie, après la proposition par l'autre, d'un arbitre pour présider le tribunal arbitral, fait présumer son refus et caractérise le désaccord sur le choix de l'arbitre². Au demeurant, les parties peuvent, à tout moment, arrêter la procédure judiciaire de nomination si elles parviennent à un accord.

En revanche, un même délai de trente jours est accordé au défendeur pour désigner son arbitre et aux deux premiers arbitres pour désigner le troisième arbitre. Lorsqu'ils n'ont pas agi dans ce délai, le demandeur à l'arbitrage ou la partie la plus diligente saisit le juge étatique compétent. Rien n'empêche, cependant, que les parties prévoient un délai différent, puisque les arbitres sont nommés conformément à leur convention³.

4. Juge étatique compétent et délai de solution

Dans toutes les hypothèses où le juge étatique doit désigner un arbitre, il est important que dans les États Parties à l'Ohada compétence soit donnée à la juridiction la mieux placée pour exercer cette mission dans l'esprit de la justice arbitrale. L'efficacité recherchée se conjugue ici avec l'exigence de proximité et de célérité. C'est dans cette recherche de célérité que l'Acte uniforme prévoit que la décision de nomination d'un arbitre intervient dans un délai de quinze jours à compter de la saisine du juge, à moins que la législation de l'État Partie ne prévoient un délai plus court. Cette décision n'est susceptible d'aucun recours.

Ces solutions sont nouvelles, puisqu'elles n'étaient pas prévues dans l'ancien article 5 de l'Acte uniforme. Le législateur tire ainsi des conséquences des dysfonctionnements observés dans la pratique arbitrale, se traduisant par l'enlisement de bon nombre de procédures sur le terrain de la

2. TC Pointe-Noire, Ord. fér. n° 007 du 8 janv. 2202, Ohadata J-13-70.

3. Voir cependant l'arrêt de la CCJA n° 044/2008 du 17 juill. 2008, (Ohadata J-10-15) qui laisse penser que le délai prévu par le législateur est impératif.

constitution du tribunal arbitral. Mais aucune sanction n'est prévue pour assurer le respect du délai ainsi fixé, et il n'est pas raisonnable de penser qu'une nomination intervenue hors délai doit être considérée comme nulle et non avenue.

En donnant ces nouvelles indications, le législateur Ohada n'a pas voulu empiéter sur la compétence des législateurs nationaux en matière d'organisation judiciaire. Cependant, le bon sens commande un certain nombre de solutions s'agissant du juge compétent. D'abord, on peut raisonnablement penser que sur le plan territorial, ce devrait être le juge du siège de l'arbitrage. S'agissant de la compétence matérielle, elle devrait être confiée à une juridiction qui statue avec la célérité propre à assurer un appui efficace à la justice arbitrale. C'est dire que derrière la désignation de la juridiction compétente, il y a la question de la procédure à suivre. Le recours à une procédure contradictoire pour un tel appui n'est sans doute pas à critiquer si l'on pense aux fraudes qui peuvent être perpétrées par les demandeurs ; mais il faudrait que le dossier soit instruit avec célérité pour qu'on tienne le délai de quinze jours. En donnant compétence au président du tribunal de première instance (ou au juge que celui-ci délègue à cet effet) du lieu de l'arbitrage pour une telle désignation, la loi camerounaise n° 2003/009 du 10 juillet 2003 désignant les juridictions compétentes visées à l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage et fixant le mode de leur saisine, remplit parfaitement les exigences de l'organisation d'une efficace collaboration du juge étatique à la justice arbitrale (art. 2). Le juge est saisi « comme en matière de référé », ce qui montre bien que s'il prévoit une procédure contradictoire, le législateur camerounais ne perd pas de vue l'exigence de célérité. Mais pour tenir le délai prévu par le législateur Ohada, il faudrait peut-être prévoir expressément le référé d'heure à heure.

Le juge étatique chargé d'aider à la constitution du tribunal arbitral n'interviendra normalement que dans l'arbitrage *ad hoc*, car dans l'arbitrage institutionnel, il est d'usage que le règlement d'arbitrage permette à un organe de l'institution d'arbitrage de résoudre la difficulté de constitution du tribunal arbitral. Mais si le règlement applicable est insuffisant, on devrait saisir le juge étatique d'appui. De façon générale, on saisira le juge étatique d'appui à la constitution du tribunal arbitral chaque fois que la mise en œuvre de la solution conventionnelle conduit à un blocage⁴.

4. Voir A. DELABRIÈRE, « La constitution du tribunal arbitral et le statut de l'arbitre dans l'Acte uniforme Ohada », *Penant* n° 833, p. 166 ; J. P. ANCEL, « L'arbitrage et la coopération du juge étatique », *Penant* n° 833, p. 166.

Article 7

L'arbitre qui accepte sa mission doit porter cette acceptation à la connaissance des parties par tout moyen laissant trace écrite.

L'arbitre s'engage à poursuivre sa mission jusqu'au terme de celle-ci à moins qu'il justifie d'un empêchement ou d'une cause légitime d'abstention ou de démission.

L'arbitre doit avoir le plein exercice de ses droits civils et demeurer indépendant et impartial vis-à-vis des parties.

Tout arbitre pressenti informe les parties de toute circonstance de nature à créer dans leur esprit un doute légitime sur son indépendance et son impartialité et ne peut accepter sa mission qu'avec leur accord unanime et écrit.

À partir de la date de sa nomination et durant toute la procédure arbitrale, l'arbitre signale sans tarder de telles circonstances aux parties.

1. Acceptation de la mission des arbitres, assistance et représentation des parties

L'acceptation de leur mission par les arbitres est la première occasion où ces derniers doivent nécessairement savoir avec qui traiter dans le cadre de la procédure. Il est d'usage que les parties se fassent assister ou représenter par les avocats. Elles peuvent cependant défendre toutes seules leurs intérêts. Lorsqu'elles décident de se faire aider, les parties peuvent recourir aux avocats ou à d'autres personnes. En effet, l'article 20 de l'Acte uniforme, qui traite du contenu de la sentence arbitrale, dispose que celle-ci fait mention, « *le cas échéant, des noms et prénoms des conseils ou de toute personne ayant assisté ou représenté les parties* ». Tout en contenant la mention de « toute autre personne », l'ancien texte mentionnait nommément les « avocats » à la place de « conseils ». Cette formulation n'a pas semblé suffisante pour faire comprendre que les avocats n'ont pas le monopole de la représentation ou de l'assistance des parties dans les procédures arbitrales. Le législateur a donc voulu être plus précis dans la nouvelle formulation.

Dans le cadre du système d'arbitrage de la CCJA, la solution selon laquelle les avocats n'ont pas le monopole de la représentation des parties a été rappelée par la haute juridiction¹.

1. CCJA, arrêt n° 099/2014 du 30 oct. 2014, dans l'affaire *Sogefco SA c/Celltel Congo devenue Airtel Congo SA*.

La solution est certaine même en présence de textes internes prévoyant le contraire.

La représentation est différente de l'assistance en ce sens que la première emporte pouvoir d'engager la partie représentée, contrairement à la seconde. C'est pourquoi il est nécessaire de s'assurer, le cas échéant, de l'existence du mandat du représentant.

2. Acceptation de la mission et formation du contrat d'arbitre

La mission d'arbitre ne saurait constituer une obligation pour les personnes qui sont sollicitées, parfois sans être consultées ; elles peuvent donc refuser la mission. L'arbitre sollicité doit accepter sa mission pour que le contrat d'arbitre soit formé. La formation de ce contrat est l'effet le plus important de l'acceptation de la mission. Il faudrait cependant apporter quelques précisions : lorsque le tribunal arbitral est constitué d'un arbitre unique, le contrat est fermement formé avec l'acceptation dudit arbitre. En revanche, dans un arbitrage avec trois arbitres, le tribunal arbitral ne sera fermement constitué que lorsque tous les trois auront accepté leur mission. Cela signifie que les premiers contrats d'arbitre sont formés sous condition suspensive de la constitution complète du tribunal arbitral².

Sauf stipulation contraire, le contrat d'arbitre est conclu à titre onéreux : en contrepartie de leur prestation, les arbitres ont droit aux honoraires. Ceux-ci sont dus même lorsque la sentence arbitrale est une décision d'incompétence, lorsque la sentence est annulée, ou encore lorsque la procédure arbitrale n'est pas allée jusqu'à son terme. Certes, dans ce dernier cas, le droit aux honoraires pourrait être affecté par la cause de la cessation prématurée de la mission.

Le principe de bonne foi oblige les parties à supporter à parts égales les honoraires du ou des arbitres. Elles sont au demeurant tenues solidairement de ces honoraires, peu importe que la sentence arbitrale mette tous les frais d'arbitrage à la charge d'une d'entre elles. En effet, l'obligation de payer les honoraires des arbitres a sa source dans le contrat d'arbitre et non dans la sentence arbitrale. La solidarité passive qui l'affecte ne peut donc être remise en cause par la sentence arbitrale, laquelle se contenterait de fixer les règles de contribution entre les parties à l'arbitrage³. Cette solution vaut également pour les frais des arbitres⁴.

2. Voir Th. CLAY, *L'arbitre*, Dalloz, 2001 ; P. A. TCHABET TAMKO, *La condition de l'arbitre*, thèse de doctorat Ph.D. Université de Yaoundé II, 2018 ; voir P. TCHATCHOUA, *Le contrat d'arbitre*, Mémoire de Master en Règlement des différends, Université de Yaoundé II, 2016.

3. Paris, pôle I, ch. I, 30 juin 2015, *D.* 2015, 2588 obs. Th. CLAY.

4. Cass. 1^{re} civ., 1^{er} févr. 2017, *RTD civ.* 2017, 394, obs. H. BARBIER et 421, obs. P-Y. GAUTIER.

3. Acceptation et exercice de la mission de l'arbitre

L'acceptation doit être portée à la connaissance des parties par tout moyen, à condition que celui-ci laisse trace écrite (lettre avec accusé de réception, lettre déchargée, etc.). Cette acceptation peut, en effet, entraîner une demande de récusation de la part de l'autre partie. Dans la pratique, l'acceptation n'est portée directement à la connaissance des parties que dans un arbitrage *ad hoc*; lorsqu'il s'agit d'un arbitrage institutionnel, c'est normalement par l'institution d'arbitrage que les parties sont informées de l'acceptation de leur mission par les arbitres.

L'arbitre qui accepte sa mission se doit de la conduire jusqu'à son terme; la cessation prématurée de sa mission par l'arbitre n'est envisagée qu'en présence d'une cause légitime.

La solution doit être bien comprise: la mission peut cesser en raison d'un empêchement ou d'une cause légitime d'abstention ou de démission. L'empêchement est une cause de cessation qui ne dépend pas de la volonté de l'arbitre, mais qui l'empêche de poursuivre sa mission: maladie, disparition, emprisonnement, etc.

L'abstention est une sorte d'autorécusation: l'arbitre qui a accepté sa mission estime alors ne plus pouvoir l'exercer parce qu'est apparue ou s'est révélée une circonstance qui pourrait justifier sa récusation.

La démission peut trouver sa cause dans un fait comparable à celui qui justifie l'abstention; mais elle peut ne rien avoir avec une telle circonstance, et s'expliquer par des raisons de convenance personnelle.

On peut se rendre compte qu'il n'y a pas d'étanchéité entre les circonstances évoquées par le législateur pour justifier la fin prématurée de la mission de l'arbitre. Celui-ci peut démissionner parce que son état de santé ne lui permet plus de continuer sa mission; il peut aussi adresser une lettre de démission parce qu'est apparue une circonstance qui pourrait faire douter de son impartialité. Quel que soit le motif à la base de la cessation prématurée de la mission, il est important que celui-ci soit réel et légitime. Ainsi, une maladie qu'on présenterait comme cause d'empêchement devrait être d'une certaine gravité; la circonstance invoquée au soutien de la perte d'indépendance doit être de celles qui pourraient véritablement faire craindre la récusation; la démission ne doit pas être une initiative fantaisiste. L'arbitre peut en effet engager sa responsabilité civile si par une cessation injustifiée de sa mission il cause un préjudice aux parties ou à l'institution d'arbitrage.

La mission de juger qu'exerce l'arbitre est couverte par une immunité civile. L'affirmation n'est pas en contradiction avec l'idée que l'arbitre puisse engager sa responsabilité pour démission intempestive, pour avoir rendu la sentence hors délai, pour avoir omis de révéler une circonstance

qui était de nature à faire douter de son indépendance ou de son impartialité. En vérité, ce qui est couvert par l'immunité civile, c'est l'activité de juger elle-même, et donc les éventuelles erreurs d'appréciation et d'analyse que pourrait commettre l'arbitre. L'immunité est conférée à l'arbitre afin de lui permettre de juger en toute sérénité et est incompatible avec la violation délibérée par ce dernier de ses devoirs de juge ou une négligence caractérisée dans leur accomplissement⁵. On comprend alors que la fraude, le dol ou la faute lourde ne soient pas couverts par l'immunité⁶.

4. Condition à remplir pour être arbitre

Dans l'article 5 ci-dessus, le législateur a indiqué que la mission d'arbitre ne peut être confiée qu'à une personne physique. Il ajoute ici que celle-ci doit avoir le plein exercice de ses droits civils. En visant le plein exercice des droits civils, le législateur indique que la moindre incapacité de jouissance constitue un empêchement à la mission d'arbitre. Ainsi, les personnes qui sont sous le coup d'une interdiction ne peuvent être arbitres.

La condition de plein exercice des droits civils étant remplie, on peut être arbitre, peu importe sa nationalité. C'est parce que les étrangers peuvent être arbitres dans les procédures auxquelles s'applique l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage qu'il faudrait réfléchir sur la loi applicable à la capacité pour être arbitre. Dans le système de droit international privé des États Parties au Traité Ohada, il s'agira, très probablement, de la loi nationale de l'arbitre concerné.

On peut remarquer que l'Acte uniforme n'exclut pas les fonctionnaires, pas même ceux exerçant dans l'appareil judiciaire étatique, de la fonction d'arbitre. Il s'agit en effet d'une activité de la vie extra-professionnelle de ces fonctionnaires.

5. Indépendance et impartialité

L'indépendance et l'impartialité sont des exigences fondamentales dans l'exercice de la mission d'arbitre. Alors que l'impartialité est avant tout un état d'esprit, l'indépendance est une situation qui peut être objectivée avec plus ou moins de précision, au moins par le détour de son antonyme, la dépendance.

Il importe que depuis le stade de la nomination jusqu'à la fin de sa mission, l'arbitre soit indépendant des parties et de leurs conseils. Il est d'usage qu'au stade de la nomination, l'arbitre pressenti se voie communiquer des

5. Ph. FOCHARD, « Le statut de l'arbitre », *Rev. arb.* 1996, p. 325.

6. Sur la responsabilité de l'arbitre et ses limites, voir R. MAFO DIFFO, « Vers la prévalence de l'irresponsabilité arbitrale en droit Ohada », *Penant* n° 894, p. 93.

informations sur le litige, notamment les noms des parties et de leurs conseils. Si au vu de ces informations celui-ci estime qu'il existe une circonstance de nature à créer, dans l'esprit des parties, un doute légitime sur son indépendance et son impartialité, il doit en informer celles-ci. Il ne peut alors accepter sa mission qu'avec leur accord unanime et écrit. Cette obligation d'information pèse sur l'arbitre tout au long de la procédure, pour des circonstances apparues postérieurement à son investiture⁷.

Naturellement, la révélation après investiture est soumise à un traitement comparable à celui de la révélation avant investiture : l'arbitre ne peut continuer sa mission qu'avec l'accord unanime écrit des parties.

Le plus difficile, pour l'arbitre pressenti ou déjà investi, c'est de distinguer entre les circonstances à révéler et celles qui ne doivent pas l'être. Il est certain que l'arbitre ne doit révéler que ce qui est caché, pas ce qui est de notoriété publique. Mais pour des informations qui pourraient être révélées, l'arbitre est parfois face à un profond dilemme : les révéler pour que l'acceptation ou la poursuite de sa mission dépende désormais de l'accord unanime des parties ; ou bien ne pas les révéler, au risque de se voir par la suite reprocher son silence et, peut-être, voir la sentence annulée. La partie qui veut retarder la procédure arbitrale trouvera dans toute révélation une occasion rêvée de faire du dilatoire et opposera son veto à l'acceptation ou à la poursuite de la mission de l'arbitre. De proche en proche, certains en viennent à penser, à tort, que même en l'absence de révélation, le tribunal arbitral ne peut être constitué sans l'accord unanime des parties, ce qui signifierait que dans un tribunal arbitral constitué de trois arbitres, chaque partie doit accepter les deux arbitres qu'elle n'a pas désignés.

Il aurait été judicieux de ne pas soumettre la suite à donner à la révélation à l'accord des parties, lesquelles s'entendent rarement à ce stade. L'expérience montre que les arbitres trop précautionneux révèlent même des circonstances extrêmement insignifiantes, de peur de se voir par la suite reprocher leur silence. Cette extrême transparence est bénéfique pour tous les protagonistes si le juge étatique ou l'institution d'arbitrage peut, en cas de divergence entre les protagonistes, faire le tri entre ce qui doit raisonnablement être considéré comme une cause de dépendance et ce qui ne l'est pas ; elle est un piège si elle sert les tactiques dilatoires de la partie qui veut retarder la procédure d'arbitrage. Le droit français présente à cet égard une solution satisfaisante. Alors que l'ancien article 1452 du Code de procédure civile prévoyait exactement la solution adoptée par l'Acte uniforme, le nouvel article 1456, alinéa 3, prévoit qu'en cas de différend sur le maintien de l'arbitre, « *la difficulté est réglée par la personne chargée*

7. Voir F. ANOUKAHA, « L'obligation d'information de l'arbitre en droit Ohada », in *L'Obligation, Études offertes au professeur Paul-Gérard Pougoué*, L'Harmattan, Cameroun, 2016, Yaoundé, p. 97.

d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, tranchée par le juge d'appui saisi dans le mois qui suit la révélation ou la découverte du fait litigieux». Du coup, on comprend que l'obligation de révélation aille au-delà des causes de récusation énumérées à l'article 341 du Code de procédure civile. L'arbitre doit révéler aux parties « *toute circonstance de nature à affecter son jugement et à provoquer, dans l'esprit des parties un doute raisonnable sur ses qualités d'impartialité et d'indépendance, qui sont l'essence même de la fonction arbitrale* »⁸.

La question des suites à donner aux révélations des arbitres n'étant qu'un aspect de la nomination de ces derniers, il faudrait lui appliquer la solution que le législateur Ohada prévoit en la matière, à savoir la prééminence de la volonté des parties⁹. C'est pourquoi les règlements d'arbitrage prévoyant de gérer les suites des révélations autrement que par l'accord unanime des parties doivent recevoir application.

La pluralité de nominations d'un même arbitre par une partie a donné lieu à ce qu'on pourrait appeler, en France notamment, la doctrine de la dépendance en raison de l'existence d'un « courant d'affaires ». La Cour de cassation française a rendu, à cet égard, deux décisions très éloquentes¹⁰. Une même personne avait été désignée par les sociétés d'un groupe, cinquante et une fois dans la première espèce et trente-quatre fois dans la seconde. La haute juridiction a jugé que le caractère systématique de la désignation, dans des contrats comparables, sa fréquence et sa régularité sur une longue période, ont créé les conditions d'un courant d'affaires entre cette personne et les sociétés du groupe parties à la procédure de sorte que l'arbitre était tenu de révéler l'intégralité de la situation à l'autre partie à l'effet de la mettre en mesure d'exercer son droit de récusation. Quelques années plus tard, la cour d'appel de Reims a annulé une sentence arbitrale dans une affaire où un arbitre professionnel avait été nommé trente-cinq fois par la partie qui l'avait désigné¹¹.

Ce n'est pas la pluralité de nominations qui, en soi, fait problème ; mais le courant d'affaires qu'il révèle. C'est pourquoi il faudrait prêter attention à la façon dont la jurisprudence française caractérise ou refuse d'admettre l'existence d'un courant d'affaires : fréquence et régularité de la désignation sur une longue période¹² ; régularité de la relation de clientèle¹³ ; ampleur et récurrence du lien d'affaires¹⁴. Le courant d'affaires peut

8. Paris, 9 sept. 2010, *D.* 2010, *Pan* p. 2934.

9. Voir art. 6, al. 1, de l'AUA.

10. Cass. 1^{re} civ., 20 oct. 2010, *D.* 2010, p. 2938, obs. Th. CLAY ; *Rev. arb.* 2011, 671, note M. HENRY.

11. Reims, 31 janv. 2012 n° 11/000939, *RTD com.* 2012, 518, obs. É. LOQUIN.

12. Cass. 1^{re} civ., 20 oct. 2010 préc.

13. Reims, 2 nov. 2011, *Rev. arb.* 2011, 112, note M. HENRY.

14. Paris, 2 juin 2013, *Rev. arb.* 2013, 1033, note M. HENRY.

exister entre un arbitre et l'avocat ou le cabinet d'avocats qui assiste la partie qui l'a désigné¹⁵.

La cour d'appel de Paris a jugé qu'il n'y avait pas un courant d'affaires lorsque l'arbitre avait été désigné dans trois arbitrages sans avoir été dans une situation de monopole parce que sur la même période d'autres arbitres avaient été désignés dans d'autres arbitrages par la partie qui l'avait désigné¹⁶. Loin d'être un recul de l'exigence d'indépendance et d'impartialité, cet arrêt est une invite à ne pas céder à ce qui peut n'être que de la chicane. Elle a trouvé écho dans un arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence, où est rejetée la demande de récusation d'un arbitre qui avait révélé avoir été nommé onze fois en neuf ans dans les procédures arbitrales impliquant le groupe Bouygues ou l'un de ses sous-traitants, ce qui représentait « à peine plus d'une mission par an »¹⁷.

Cet arrêt d'Aix-en-Provence peut un peu étonner ; il montre cependant l'impossibilité d'apprécier sans grande souplesse l'indépendance de l'arbitre lorsqu'on se situe dans des cadres professionnels étroits. Dans une affaire où les parties étaient membres d'une organisation professionnelle, il a été jugé qu'« en sa qualité de membres associés, (le requérant) ne pouvait méconnaître la spécificité de tels arbitrages confiés à des professionnels en tant qu'arbitres, lesquels sont nécessairement en relations d'affaires les uns avec les autres, les uns contre les autres [...] sans que l'existence de telles relations d'affaires doivent, par principe, mettre en doute et même en cause leur indépendance à l'égard des parties et leur impartialité pour statuer sur le litige »¹⁸.

6. Reformulation de la règle sur l'obligation de révélation

L'ancien article 7 de l'Acte uniforme disposait que « Si l'arbitre suppose en sa personne une cause de récusation, il doit en informer les parties et ne peut accepter sa mission qu'avec leur accord unanime ». Cette formulation n'était pas bonne, car elle semblait rétrécir aux causes de récusation les circonstances susceptibles d'être révélées, alors déjà que personne ne peut, dans le contexte actuel, dresser une liste de ces causes. On comprend que devant la CCJA, un demandeur ait pu soutenir que « la révélation mise à la charge de l'arbitre par l'article 7 susmentionné n'est constitutive d'obligation que si l'arbitre suppose en sa personne une cause de récusation ; qu'il s'agit de rechercher dans ces liens une

15. Paris, 9 sept. 2010, *Rev. arb.* 2011, 686.

16. Paris, 28 oct. 1999, *Rev. arb.* 2000, 299, note Ph. GRANDJEAN ; *RTD com.* 2002, 657, obs. É. LOQUIN ; cet arrêt est cassé, mais pour contradiction dans les motifs : Cass. 2^e civ., 6 déc. 2001, *Rev. arb.* 2003, 1231, note E. GAILLARD.

17. Reims, 8 oct. 2016 n° 16/00894.

18. Ord. TGI de Paris, 28 oct. 1988 et 29 juin 1989, confirmée par Paris, 6 avr. 1990, *Rev. arb.* 1990, 880, note M. de BOISSÉRON.

situation récurrente ou notoire de nature à affecter raisonnablement le jugement de l'arbitre, en faisant apparaître un risque certain à l'égard d'une partie à l'arbitrage ; qu'en l'espèce, selon le moyen, la cour d'appel n'a pas caractérisé en quoi le fait prétendument non révélé par l'un des arbitres portait atteinte à son indépendance». La CCJA a répondu : « Mais attendu que le tribunal arbitral n'est régulier que s'il est composé d'arbitres indépendants et impartiaux et si la procédure de sa constitution est exempte de tout vice ; que l'interpellation formelle du tribunal arbitral sur la nature des liens de collaboration que l'arbitre EMADAK, désigné par le demandeur à la procédure arbitrale, avait avec le conseil dudit demandeur n'a reçu aucune réponse permettant d'apprécier l'incidence de ces liens non révélés sur son indépendance et son impartialité ; qu'en retenant "qu'il est de jurisprudence que l'arbitre doit révéler toute circonstance de nature à affecter son jugement et à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable sur ses qualités d'impartialité et d'indépendance qui sont l'essence même de la fonction arbitrale", la Cour a fait une juste application des articles 7 et 26 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage ; qu'il y a lieu de rejeter le moyen »¹⁹.

Dans cette espèce, alors même que le lien non révélé aurait pu être indifférent, l'arbitre avait fragilisé sa position en ne donnant pas au tribunal arbitral, qui l'avait interpellé, une réponse permettant d'apprécier ses liens avec le conseil du demandeur.

19. CCJA, arrêt n° 151/2017 du 29 juin 2017, *Wanmo Martin c/Nguessi Jean Pierre et autres*, biblio.ohada.org/pmb/opac_css/doc_num.php?explnum_id=2863.

Article 8

En cas de différend, et si les parties n'ont pas réglé la procédure de récusation, la juridiction compétente dans l'État Partie statue au plus tard dans un délai de trente (30) jours sur la récusation, les parties et l'arbitre entendus ou dûment appelés. Faute pour la juridiction compétente d'avoir statué dans le délai ci-dessus indiqué, elle est dessaisie et la demande de récusation peut être portée devant la CCJA par la partie la plus diligente.

La décision de la juridiction compétente rejetant la demande de récusation n'est susceptible que de pourvoi devant la Cour commune de justice et d'arbitrage.

Toute cause de récusation doit être soulevée dans un délai n'excédant pas trente (30) jours à compter de la découverte du fait ayant motivé la récusation par la partie qui entend s'en prévaloir.

La récusation d'un arbitre n'est admise que pour une cause révélée après sa nomination.

Lorsqu'il est mis fin au mandat d'un arbitre ou lorsque celui-ci se déporte pour toute autre raison, un arbitre remplaçant est nommé conformément aux règles applicables à la nomination de l'arbitre remplacé, sauf convention contraire des parties. Il en est de même lorsque le mandat de l'arbitre est révoqué par accord des parties et dans tout autre cas où il est mis fin à son mandat.

Cet article traite de la récusation, ce qui suppose qu'on a dépassé le stade de l'investiture des arbitres : la partie qui récusé estime que l'arbitre en cause ne remplit pas les conditions d'indépendance et d'impartialité nécessaires à la poursuite de sa mission. Trois questions pourraient dès lors être posées : quelles sont les causes de récusation admises ? Quelle est la procédure à suivre ? Que faire pour la suite lorsque l'arbitre est récusé avec succès ?

1. Causes de récusation

Le législateur Ohada ne cite pas les causes de récusation. Si l'on décide qu'elles sont les mêmes que celles prévues dans la justice étatique, cela conduit fatalement à renvoyer pour cela aux législations nationales, ce qui n'est sans doute pas l'idéal. Certaines législations pourraient même ne pas contenir la liste des causes de récusation du juge étatique. De plus, le fait

que les arbitres soient choisis par les parties pourrait justifier que des circonstances sans grande signification pour la justice étatique soient regardées avec attention dans la justice arbitrale.

On pourrait, sans justifier la solution par l'applicabilité à l'arbitrage des règles du contentieux devant le juge étatique, emprunter les causes pour lesquelles le juge étatique peut être récusé. Les circonstances pour lesquelles ce dernier, désigné sans la moindre participation des litigants, peut être récusé, sont des situations de dépendance objectives et le moins qu'on puisse attendre des arbitres c'est de ne pas se retrouver dans l'une de ces situations. S'y ajoute que les arbitres sont désignés par les parties, ce qui crée un risque objectif de collision. C'est pourquoi, au-delà des causes de récusation prévues pour le juge étatique, il faudrait admettre toute autre circonstance qui montre objectivement une absence d'indépendance ou d'impartialité¹. De là, on peut comprendre que le législateur Ohada n'ait pas voulu dresser une liste, même indicative, des causes de récusation. Il aurait cependant pu donner des indications, par exemple celles que mentionne la cour d'appel de Paris, qui juge que les circonstances qui méritent d'être invoquées au soutien de la contestation de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre doivent « *caractériser, par l'existence des liens matériels ou intellectuels avec l'une des parties en litige, une situation de nature à affecter le jugement de cet arbitre et constituant un risque certain de prévention à l'égard de l'une des parties à l'arbitrage* »².

On pourrait ranger dans cette rubrique les liens de subordination, les relations professionnelles intéressées, les liens personnels de parenté, d'alliance ou d'amitié. Ces liens peuvent être recherchés entre les parties et les arbitres, mais aussi entre ces derniers et les conseils des parties.

2. Procédure de récusation

La procédure de récusation est laissée à la volonté des parties, lesquelles devraient cependant se conformer à la prescription faite par le législateur en vue d'assurer l'efficacité de la justice arbitrale. Le législateur indique en effet que « *La récusation d'un arbitre n'est admise que pour une cause révélée après sa nomination* ». La prescription se comprend bien, et permet de faire une précision terminologique : lorsqu'on est au stade de la marche vers l'investiture de l'arbitre, toute initiative entreprise par une partie pour empêcher cette investiture est une opposition à nomination, non une récusation. Lorsque le tribunal arbitral est constitué, on peut alors récuser un arbitre.

1. Le droit français est dans ce sens : Cass. 1^{re} civ., 28 avr. 1998, *Bull. civ. I*, n° 155.

2. Paris, 28 oct. et 30 oct. 1999, *Rev. arb.* 2000, p. 299, note Ph. GRANJEAN. voir aussi Cass. 1^{re} civ., 16 mars 1999, *D.* 1999, jurispr., p. 498, note P. COURBE.

Les parties organisent la procédure de récusation soit directement dans le cadre de leur convention, soit indirectement par l'acceptation du règlement d'arbitrage d'une institution d'arbitrage. Il est d'usage que les règlements d'arbitrage contiennent des dispositions aussi bien sur l'opposition à la désignation d'un arbitre que sur la récusation. En général, ces dispositions donnent compétence à un organe du centre d'arbitrage pour statuer sur l'opposition à désignation ou sur la récusation, au terme d'une procédure qui offre à l'arbitre mis en cause la possibilité de se défendre et aux autres arbitres du collège, le cas échéant, la possibilité de faire leurs observations sur l'opposition à la désignation ou la récusation.

En l'absence de stipulations conventionnelles ou de règlement d'arbitrage applicable, la demande de récusation est adressée au juge étatique compétent. Il revient à chaque État Partie de désigner le juge compétent, en tenant compte des orientations que donne l'Acte uniforme. La juridiction à désigner devrait être celle où on a une garantie de célérité, puisqu'elle statue au plus tard dans un délai de trente jours sur la récusation, les parties et l'arbitre entendus ou dûment appelés.

Le délai de trente jours maximum prévu par le législateur est justifié : la récusation est un incident qui pourrait paralyser la procédure arbitrale pendant un temps, et il faudrait que ce temps soit le plus bref possible. Mais le législateur va plus loin et introduit une innovation majeure destinée à faire face à l'inertie des juridictions étatiques : *« Faute pour la juridiction compétente d'avoir statué dans le délai ci-dessus indiqué, elle est dessaisie et la demande de récusation peut être portée devant la CCJA par la partie la plus diligente »*.

La loi camerounaise n° 2003/009 du 10 juillet 2003 désignant les juridictions compétentes visées à l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage et fixant le mode de leur saisine donne, pour la récusation, compétence au président du tribunal de première instance, ou le juge que ce dernier délègue à cet effet. Le juge est saisi comme en matière de référé, ce qui signifie que la procédure est contradictoire. Conformément aux indications du législateur Ohada, seront concernés non seulement l'arbitre récusé, mais aussi l'adversaire dans la procédure arbitrale ; et la décision de la juridiction compétente rejetant la demande de récusation n'est susceptible que de pourvoi devant la Cour commune de justice et d'arbitrage. Il faudrait en conclure que la décision acceptant la récusation est soumise au droit commun des voies de recours.

Le recours peut être fait par l'arbitre récusé, mais aussi par les parties à l'arbitrage, devenues parties à l'instance devant le juge étatique.

Le législateur ne dit pas quelle est l'incidence de la procédure de récusation sur la procédure d'arbitrage. Les parties pourraient prévoir des stipulations à cet égard. En l'absence de stipulations contraires, rien n'impose la

suspension de la procédure arbitrale. Celle-ci se poursuivrait avec la participation de l'arbitre mis en cause, et les actes posés pendant ce temps seraient valables³. Si la sentence est rendue alors que la procédure de récusation est en cours, celle-ci devient sans objet ; mais la sentence peut être attaquée par le recours en annulation. Les parties se trouveraient désavantagées si elles avaient renoncé à un tel recours.

3. Récusation aboutie

La troisième question réglée par cet article est celle des dispositions à prendre lorsque la demande de récusation aboutit. Il s'agit d'une préoccupation importante dont les enjeux se situent au niveau de l'égalité des parties, de la célérité de la procédure arbitrale et même de la crédibilité de la sentence arbitrale qui pourrait être rendue. Faut-il, ne serait-ce que pour gagner du temps, que le tribunal arbitral qui a vu un de ses membres écarté continue sa mission alors qu'il est amputé ? Quelle crédibilité pour la sentence qui en sortirait ? S'il faut compléter le tribunal arbitral, et donc remplacer l'arbitre écarté, doit-on le faire en considération des modalités de sa désignation ?

Ces questions ne se posent pas seulement dans l'hypothèse du succès d'une demande de récusation. Elles se posent chaque fois que le tribunal arbitral est amputé.

Le législateur prévoit que l'arbitre qui manque doit être remplacé. L'impérativité de cette solution doit être mise en rapport avec celle sur le nombre d'arbitres⁴. Mais s'agissant des modalités de remplacement, il laisse la priorité à la volonté des parties. On ne suivra donc les règles applicables à la nomination de l'arbitre qu'en l'absence de solution conventionnelle.

4. Récusation infructueuse

Une dernière question doit être abordée ici, celle des conséquences résultant de l'échec de la récusation. Dans l'hypothèse d'un arbitrage institutionnel, il est très probable que la décision sur la demande de récusation ait été prise par un organe de l'institution d'arbitrage et non pas par le juge étatique. Dans ces conditions, on ne voit pas pourquoi celui qui a échoué dans sa tentative de récusation ne pourrait pas demander l'annulation de la sentence arbitrale pour irrégularité dans la constitution du tribunal arbitral, quitte à ce que le juge rejette la demande sur les mêmes motifs que l'institution d'arbitrage⁵. En revanche, celui qui a échoué devant l'institution

3. Voir Paris, 12 nov. 1998, *Rev. arb.* 1999, p. 374, note Ch. JARROSSON.

4. Voir art. 5 alinéa 2 *supra*.

5. Paris, 29 janv. 2004, *JCP G* 2004, I. 179, n° 5 ; obs. Ch. SERAGLINI.

d'arbitrage ne peut former un recours autonome devant le juge étatique pour contester la décision de ladite institution.

Lorsque le contentieux de la récusation a été vidé par le juge étatique, les juridictions décident qu'une demande d'annulation de la sentence arbitrale fondée sur les mêmes faits ne peut plus être accueillie⁶. Mais cette solution est fortement contestée en doctrine⁷.

6. Paris, 3 mars 2005, *Rev. arb.* 2005, p. 787 ; 4 juin 1992, *Rev. arb.* 1993, p. 449 ; Cass. 1^{re} civ., 13 mars 2013, *Rev. arb.* 2013, p. 735, note V. CHANTEBOUT ; *D.* 2013, 2491, obs. Th. CLAY.

7. Voir V. CHANTEBOUT, note précitée, et B. HAFTEL, « L'autorité de la chose jugée par le juge d'appui », *D.* 2016, 138.

Chapitre 3

L'instance arbitrale

Article 8-1

En présence d'une convention imposant aux parties de suivre une étape de résolution du différend préalable à l'arbitrage, le tribunal examine la question du respect de l'étape préalable si l'une des parties en fait la demande et renvoie, le cas échéant, à l'accomplissement de l'étape préalable.

Si l'étape préalable n'a pas été engagée, le tribunal arbitral suspend la procédure pendant un délai qu'il estime convenable, afin de permettre à la partie la plus diligente de mettre en œuvre cette étape.

Si l'étape préalable a effectivement été engagée, le tribunal arbitral constate, le cas échéant, son échec.

Ne sont pas très rares les stipulations conventionnelles qui combinent l'arbitrage avec un autre mode de règlement du différend, par exemple la conciliation ou la médiation. Il faudrait résoudre les difficultés qui en résultent, en tenant compte de l'enjeu. Celui-ci est d'éviter soit un concours entre l'arbitrage et ledit mode de règlement, alors qu'il est préalable à l'arbitrage, soit que la simple éventualité de la mise en œuvre de cet autre mode de règlement ne paralyse définitivement l'instance arbitrale. Il faudrait aussi, dans la solution à adopter, tenir compte du caractère non permanent du tribunal arbitral. En effet, le caractère permanent de la justice étatique fait qu'on sait que s'il est prévu une procédure préalable au règlement devant le juge, la technique de la fin de non-recevoir suffit à assurer le respect du passage par la voie préalable. Lorsque ce préalable est accompli sans succès, on peut revenir devant le juge. Or, le juge arbitral ne bénéficie pas d'une investiture permanente, et se pose même la question de savoir s'il peut être constitué avant le constat de l'échec de la voie préalable. Cette question débouche sur une autre : qui doit constater éventuellement l'échec de la procédure préalable ?

En analysant la solution adoptée par le législateur à l'article 8-1, on constate que le risque que la procédure arbitrale commence avant la procédure préalable existe. La procédure arbitrale commence à la date à laquelle l'une des

parties engage le processus de constitution du tribunal arbitral¹, et atteint un niveau avancé lorsque le tribunal arbitral est entièrement constitué et peut donc prendre des décisions. Nous nous situons ici au stade où complètement constitué, le tribunal arbitral peut prendre des décisions, dont celle sur la conséquence à donner aux stipulations contractuelles prévoyant une procédure préalable à l'arbitrage. Il ne serait pas par conséquent, toujours possible que pour résister à la constitution du tribunal, une partie invoque le fait qu'est prévue une procédure préalable.

Si la procédure préalable n'a pas encore été engagée, le tribunal arbitral suspend la procédure arbitrale pendant un délai qu'il estime convenable, pour permettre à la partie la plus diligente de mettre en œuvre l'étape préalable.

Si la procédure préalable est déjà engagée ou l'est dans le délai imparti par le tribunal arbitral, celui-ci doit attendre son issue. Celle-ci peut en effet mettre fin au différend, auquel cas le tribunal arbitral devrait, à l'initiative de la partie la plus diligente, constater la fin de l'instance arbitrale.

Les choses ne sont pourtant pas si simples en pratique ; il peut être difficile de conclure au succès où à l'échec de la procédure préalable. Le législateur donne à l'arbitre compétence pour constater, le cas échéant, l'échec de la procédure préalable, ce qui impliquerait de reprendre la procédure arbitrale.

Une autre difficulté est relative au délai « convenable » que le tribunal arbitral doit accorder à la partie la plus diligente pour mettre en œuvre la voie de règlement préalable. On conviendra qu'il s'agit d'un délai raisonnable. Mais quelle durée faut-il considérer comme raisonnable ? La question est importante, car si le délai accordé expire sans que soit engagée la voie préalable, le tribunal arbitral peut reprendre la procédure arbitrale.

Le tribunal arbitral trouvera sans doute, dans la formulation de la convention d'arbitrage, l'information sur l'existence de la procédure préalable. Mais il ne pourra pas, sans demande de la part de la partie intéressée, suspendre la procédure d'arbitrage. En effet, les parties qui ont conventionnellement institué une procédure préalable à l'arbitrage peuvent renoncer à celle-ci, explicitement ou implicitement. La renonciation implicite résulterait du fait que le défendeur à l'arbitrage suive, sans protester, le demandeur dans une procédure d'arbitrage. Peut-il, sans demande dans ce sens, constater l'échec de la procédure préalable ? Il faudrait sans doute répondre par la négative, car même si l'arbitre a intérêt à vite terminer sa mission, il ne peut imposer aux parties, en quelque sorte, la primauté de la voie arbitrale.

1. Art. 10 *infra*.

Article 9

Les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité et chaque partie doit avoir toute possibilité de faire valoir ses droits.

Cet article traite de deux questions distinctes, mais très liées : l'égalité qui doit être assurée aux parties et la possibilité qui doit être donnée à chacune d'elles de faire valoir ses droits.

1. Contenu du principe de l'égalité de traitement des parties

L'égalité de traitement des parties est un principe fondamental du droit de l'arbitrage, qui s'applique à tous les stades de la procédure. Il s'applique tout d'abord au stade de la constitution du tribunal arbitral, où il interdit toutes les solutions qui désavantagent une des parties dans la désignation des arbitres. Peuvent être en cause ici, non seulement les stipulations contractuelles des parties, mais aussi les dispositions des règlements d'arbitrage, voire les décisions des institutions d'arbitrage et des juges étatiques appelés à régler les difficultés de constitution du tribunal arbitral. L'égalité des parties est une règle d'ordre public. La jurisprudence française a cependant estimé qu'après la naissance du litige, les parties peuvent y renoncer¹. Cela signifie que les dispositions d'un règlement d'arbitrage prévoyant des modalités de désignation des arbitres qui désavantageraient l'une des parties pourraient être efficaces dans l'hypothèse où celles-ci ont décidé de recourir au centre d'arbitrage concerné après la naissance du différend.

La règle de l'égalité des parties dans la désignation des arbitres est très difficile à mettre en œuvre dans les arbitrages comportant plus de deux parties, notamment lorsque les intérêts de celles-ci ne se rejoignent pas. La difficulté est telle que parfois, pour ne pas désavantager une des parties, le choix pourrait être de priver toutes les parties du droit de désigner l'arbitre. Dans ce cas, le centre d'arbitrage ou le juge étatique constitue tout le tribunal arbitral.

La règle de l'égalité des parties dans la désignation des arbitres est respectée dès lors que chacune s'est vu offrir la possibilité de désigner ou de participer à la désignation, peu importe que par de faux calculs une partie se soit abstenue de participer à la constitution du tribunal arbitral.

1. Cass. 1^{re} civ., 7 janv. 1992, *JDI* 1992, p. 707 – 2^e arrêt.

Dans la pratique, une partie peut ne pas participer à la constitution du tribunal arbitral parce qu'elle a des prétentions à faire valoir en ce qui concerne l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage. Mais plutôt que de courir le risque de voir le tribunal se mettre en place sans sa participation, il faudrait que, subsidiairement à la prétention à formuler devant l'autorité compétente, elle désigne un arbitre. Dans ces conditions, la Cour de cassation française a jugé que le juge saisi de la demande de désignation est obligé, sous peine de violer le principe de l'égalité des parties, de désigner l'arbitre proposé par ce défendeur². Cette solution doit s'appliquer aux institutions d'arbitrage appelées à résoudre les difficultés de constitution du tribunal arbitral.

L'égalité de traitement des parties se trouve ensuite dans toute la procédure consécutive à la constitution du tribunal arbitral. Elle se manifeste notamment dans la détermination du siège, de la durée et de la langue de l'arbitrage, de la loi applicable à la procédure, de la loi applicable au fond. Mais comme il est très probable que les parties ne s'entendent pas sur tous ces points, des solutions supplétives de leur accord sont prévues. Il se peut alors que celui qui règle la difficulté retienne la proposition d'une des parties ; cela ne remet pas en cause le principe de l'égalité des parties.

L'égalité des parties s'exprime dans les principes directeurs du procès arbitral, particulièrement le principe dispositif et le principe du contradictoire. Elles doivent avoir les mêmes chances de faire entrer telle question dans la procédure, de faire venir les éléments au soutien de leur cause, de discuter les éléments apportés par l'adversaire et, le cas échéant, par le tribunal arbitral. L'égalité des chances se mesurera parfois en termes de délai accordé pour telle ou telle chose, mais il n'est pas nécessaire que toutes les diligences attendues des parties le soient dans le même délai. Ainsi, une partie pourrait se voir impartir un délai de trente jours pour produire une pièce, alors qu'une autre se voit impartir un délai de quinze jours pour produire une autre pièce. Mais si la norme procédurale applicable enferme un acte dans un délai, le tribunal arbitral violerait l'égalité des parties en accordant à l'une d'elles un délai plus long. Ainsi en a jugé la cour d'appel du Centre (Cameroun) dans une espèce dans laquelle, pour répondre à une demande reconventionnelle, le demandeur s'était vu accorder un délai plus long que celui prévu par le règlement d'arbitrage³.

Si en amont l'égalité des parties peut être recherchée dans le paiement de la provision pour frais d'arbitrage, en revanche, dans la sentence, le tribunal arbitral peut répartir de façon inégale la charge de ces frais.

2. Cass. 1^{re} civ., 8 juin 1999, *Rev. arb.* 2000, 116, note É. LOQUIN.

3. CA du Centre, arrêt n° 52/civ. du 6 févr. 2008, Ohadata J-10-249.

2. Sanction de la violation du principe de l'égalité des parties

La violation du principe de l'égalité des parties est sanctionnée par l'annulation de la sentence arbitrale⁴. Le terrain précis sur lequel il faut situer la demande de nullité dépendra du reproche fait au tribunal arbitral ou au processus de sa constitution. Si celui-ci fait apparaître qu'une partie a été désavantagée dans la désignation des arbitres, on dira que le tribunal arbitral a été irrégulièrement composé ou que l'arbitre unique a été irrégulièrement désigné⁵. Si le tribunal arbitral n'a pas permis à l'une des parties de discuter un moyen, on dira qu'il a violé le principe du contradictoire. Si un reproche ne peut être logé dans l'un des deux derniers moyens, il pourrait trouver place dans la contrariété de la sentence à l'ordre public international.

4. Voir article 26.

5. Voir CCJA arrêt n° 044/2008 du 17 juill. 2008, Ohadata J-10-15.

Article 10

Le fait pour les parties de s'en remettre à un organisme d'arbitrage les engage à appliquer le Règlement d'arbitrage de cet organisme, sauf pour les parties à en écarter expressément certaines dispositions, en accord avec ledit organisme.

La procédure arbitrale commence à la date à laquelle l'une des parties engage la procédure de constitution du tribunal arbitral.

1. Détermination du centre d'arbitrage

Les parties n'expriment pas toujours de façon claire et non équivoque le choix d'un centre d'arbitrage. La Cour commune de justice et d'arbitrage a jugé que le fait pour les parties à une convention d'arbitrage de prévoir que le différend sera tranché conformément au règlement d'arbitrage d'un centre d'arbitrage implique qu'elles ont choisi ce centre-là¹.

2. Conséquences du choix d'un centre d'arbitrage

L'organisation de l'arbitrage est un service que des centres d'arbitrage conçoivent et « vendent » aux litigants. Ils font l'offre de ce service, qui contient tous les éléments nécessaires au contrat qu'ils proposent. Le règlement d'arbitrage et ses annexes sont les éléments de cette offre et doivent donc être respectés par les litigants qui acceptent l'offre. Le règlement est normalement rédigé avec le souci d'éviter ou de gérer au mieux toutes les difficultés procédurales qui peuvent survenir. On comprend pourquoi il peut être risqué d'en écarter certaines dispositions.

De nombreux centres d'arbitrage sont bien conscients que toutes les dispositions de leur règlement ne présentent pas le même degré de sensibilité : alors que certaines font partie du *package* à prendre entièrement pour avoir une procédure arbitrale efficace, d'autres peuvent être écartées par les parties à l'arbitrage.

Telle est la substance du premier alinéa ci-dessus. Le texte n'envisage que la possibilité d'écarter certaines dispositions. Il faudrait toutefois penser qu'au lieu de les écarter, les parties peuvent les réaménager à leur convenance, à condition qu'un tel réaménagement ne dénature pas la disposition concernée.

1. CCJA, arrêt n° 006/2014 du 4 févr. 2014.

L'accord des parties écartant une disposition du règlement d'arbitrage doit être express.

L'idéal serait que le règlement indique expressément les dispositions qui peuvent être écartées par les parties ; mais on sait que ce peut ne pas être toujours le cas.

3. Date de commencement de la procédure d'arbitrage et délai d'arbitrage

La date à laquelle la procédure de constitution du tribunal arbitral commence n'est pas celle pertinente pour le décompte du délai d'arbitrage. En effet, le tribunal arbitral commence sa mission lorsqu'il est déjà constitué².

2. Voir art. 12 alinéa 1 *infra*.

Article 11

Le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur sa propre compétence, y compris sur toutes questions relatives à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage.

L'exception d'incompétence doit être soulevée avant toute défense au fond, sauf si les faits sur lesquels elle est fondée ont été révélés ultérieurement.

Le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence dans la sentence au fond ou dans une sentence partielle sujette au recours en annulation.

1. Principe compétence-compétence

Le principe « compétence-compétence », que pose l'alinéa premier de cet article, est fondamental à la justice arbitrale. Il signifie que l'arbitre a compétence pour statuer sur sa propre compétence. Autrement dit, si une partie entend contester le principe ou l'étendue du pouvoir juridictionnel de l'arbitre, c'est devant celui-ci, et non devant le juge étatique, que la contestation doit être portée. Si le tribunal arbitral estime que la contestation est fondée, il se déclarera incompétent ; dans le cas contraire, il se déclarera compétent.

Cette solution est aujourd'hui classique et participe de l'autonomie de l'arbitrage. Pourtant, il n'y a pas très longtemps, certains pensaient que l'arbitre ne pouvant avoir la compétence pour juger que parce que la convention qui l'institue est valable, la question de son investiture doit être réglée par le juge étatique, seule une réponse positive à cette question donnant pouvoir de juger à l'arbitre¹. Ceux qui, après conclusion d'une convention d'arbitrage, souhaitaient retarder autant que possible la mise en œuvre de la voie arbitrale, trouvaient dans ce raisonnement une arme très efficace ; ils n'avaient qu'à invoquer n'importe quel motif d'invalidité de la convention d'arbitrage pour retarder la mise en œuvre de l'arbitrage.

Au soutien du principe compétence-compétence, on a montré que tout juge est juge de sa propre compétence. Si c'est vrai pour le juge étatique,

1. Voir Cass. com., 6 oct. 1953, *Courtiou*, JCP 1954, II, 8293.

qui statue sur les déclinatoires de sa compétence, on ne voit pas pourquoi il en serait autrement s'agissant du juge arbitral².

C'est pour trancher la querelle sur la portée du principe compétence-compétence que le législateur précise que celui-ci couvre également le contentieux de l'existence et de la validité de la convention d'arbitrage.

Le principe compétence-compétence couvre aussi le contentieux de la prise d'effet de la convention d'arbitrage ainsi que celui de son champ d'application matériel et personnel. Dans une affaire où le problème se posait en termes de champ matériel couvert par la convention d'arbitrage, la CCJA a affirmé que « *le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage impose au juge arbitral, sous réserve d'un recours éventuel contre sa sentence à venir, d'exercer sa pleine compétence sur tous les éléments du litige, qu'il s'agisse de l'existence, de la validité ou de l'exécution de la convention* »³.

Le tribunal arbitral qui statue sur sa compétence peut rendre une sentence d'incompétence totale, une sentence de compétence totale ou une sentence qui se situe entre les deux, c'est-à-dire qui n'admet la compétence, notamment au plan matériel, que pour certaines questions.

2. Les effets de la sentence d'incompétence

Une importante question se pose avec la sentence d'incompétence. En la rendant, l'arbitre avoue qu'il n'avait aucune compétence pour statuer. Mais par pragmatisme, la Cour de cassation française en a tiré des effets positifs. Dans une espèce où il était question de voir si la reprise d'un contrat par un cessionnaire était opposable au cédé, le tribunal arbitral a décidé que la reprise ne pouvait pas être opposable à défaut d'agrément du cédé, de sorte que les parties n'étaient pas liées par la convention d'arbitrage stipulée au contrat initial. La Cour de cassation en tire deux conséquences : d'une part, le concessionnaire de nationalité française peut se prévaloir de l'article 14 du Code civil ; d'autre part, la résiliation unilatérale du contrat notifiée au cessionnaire par le cédé n'était pas arbitrable⁴.

Les honoraires promis sont dus à l'arbitre même lorsqu'il rend une sentence d'incompétence.

2. Voir notamment H. MOTULSKY, « Menaces sur l'arbitrage : la prétendue incompétence des arbitres en cas de contestation sur l'existence ou la validité d'une clause compromissoire », in *Études et notes sur l'arbitrage, Écrits*, t. II, Dalloz, 1974, p. 189 à 242.
3. CCJA, arrêt n° 020/2008 du 24 avr. 2008, Ohadata J-09-300 ; *Rev. arb.* 2010, p. 585.
4. Cass. 1^{re} civ., 20 janv. 2004, *Gaz. Pal.* 14-15 janv. 2005, p. 33, obs. F. X. TRAIN.

3. Interdiction au juge étatique de statuer prioritairement

En disposant que le tribunal arbitral est « seul » compétent pour statuer sur sa propre compétence, le législateur interdit au juge étatique saisi de se prononcer sur la compétence de l'arbitre. Cette solution est radicale lorsque le tribunal arbitral est déjà saisi ou lorsqu'une demande d'arbitrage est faite ; elle est tempérée lorsque le tribunal arbitral n'est pas encore saisi ou qu'aucune demande d'arbitrage n'est encore faite : le juge étatique doit pouvoir alors statuer si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou inapplicable⁵.

Le principe de l'exclusion du juge étatique du contentieux de la compétence du tribunal arbitral étant admis, il reste à faire une importante précision : lorsque le tribunal arbitral s'est reconnu compétent et a rendu une sentence, celle-ci peut être annulée par le juge étatique si c'est à tort que le tribunal arbitral s'est reconnu compétent⁶.

4. Traitement du déclinatoire de compétence devant le tribunal arbitral

Le dernier alinéa de l'article 11 pose une règle qui intéresse l'organisation du travail du tribunal arbitral lorsque sa compétence est contestée. Celui-ci doit choisir entre répondre dans une sentence partielle, portant sur cette seule question de compétence, ou remettre sa réponse à plus tard, précisément dans la sentence au fond. Le tribunal arbitral choisira souvent cette seconde option lorsque, *prima facie*, il trouve le déclinatoire de compétence infondé. L'inconvénient est que cette solution amène parfois à conduire une longue procédure arbitrale alors qu'il aurait été possible de gagner du temps en statuant dans une sentence partielle.

Lorsque le tribunal arbitral choisit de rendre une sentence partielle, celle-ci est susceptible d'être attaquée par un recours en annulation. Dans la logique du principe compétence-compétence, qui est de ne pas paralyser la procédure arbitrale par des contestations qui pourraient ne s'expliquer que par l'esprit de chicane, ce recours ne suspend pas l'instance arbitrale⁷. Celui qui conteste la décision du tribunal arbitral retenant sa compétence peut attendre la sentence finale pour exercer le recours en annulation de celle-ci.

5. Voir art. 13 *infra*.

6. Voir R. MAFO DIFFO, *Le juge judiciaire et l'arbitrage dans l'espace Ohada*, thèse de doctorat Ph. D. Université de Dschang, 2015 ; J. METCHUM TAGHUEU, *L'autonomie de l'arbitrage commercial international*, thèse de doctorat Ph. D. Université de Yaoundé II, 2018.

7. En France, Paris, 7 juill. 1987, *Rev. arb.* 1988, p. 649, note E. MEZGER ; 9 juill. 1992, *Rev. arb.* 1993, p. 303, note Ch. JARROSSON.

La sentence partielle par laquelle le tribunal s'estime incompétent peut aussi faire l'objet d'un recours en annulation ; ce sera en soutenant que le tribunal arbitral ne s'est pas conformé à la mission qui lui a été confiée.

5. Principe compétence-compétence et centres d'arbitrage

Lorsque l'arbitrage est institutionnel, la demande initiale et la réaction du défendeur ne parviennent au tribunal arbitral que par le détour du centre d'arbitrage. Celui-ci est donc informé du déclinatoire de compétence avant le tribunal arbitral. Il est alors amené à prendre la décision de donner suite ou non à la demande : mais il le fait, en vérité, sans examen approfondi et serait bien inspiré de ne pas être trop présomptueux quant à la compétence du tribunal arbitral, car celui-ci doit pouvoir dire qu'il n'est pas compétent si c'est la solution qui s'impose après examen de l'affaire. La plupart des règlements d'arbitrage prévoient que : *« Si l'une des parties soulève un ou plusieurs moyens relatifs à l'existence, à la validité, ou à la portée de la convention d'arbitrage, le centre, ayant constaté prima facie l'existence de cette convention, peut décider, sans préjuger la recevabilité ou le bien-fondé de ces moyens, que l'arbitrage aura lieu. Dans ce cas, il appartiendra au tribunal arbitral de prendre toutes décisions sur sa propre compétence ».*

Article 12

Si la convention d'arbitrage ne fixe pas de délai, la mission du tribunal arbitral ne peut excéder six (6) mois à compter du jour où le dernier des arbitres l'a acceptée.

Le délai d'arbitrage, légal ou conventionnel, peut être prorogé, soit par accord des parties, soit à la demande de l'une d'elles ou du tribunal arbitral, par la juridiction compétente dans l'État Partie.

Le juge arbitral exerce sa mission pendant une durée qui doit être bien fixée et dont le dépassement produit des effets très graves : la sentence rendue peut être annulée et les arbitres peuvent voir engager leur responsabilité civile.

1. Délai légal supplétif

Cet article établit la prééminence de la volonté des parties en matière de délai d'arbitrage. Faute pour les parties d'avoir fixé le délai d'arbitrage, le délai supplétif arrêté par l'Acte uniforme est de six mois à compter du jour où le dernier arbitre a accepté sa mission.

2. Possibilité de prorogation du délai

Pour une raison ou une autre, le délai fixé peut s'avérer court ; il faudrait alors le proroger. Une fois de plus, ce sont les parties à l'arbitrage qui doivent décider en priorité et de façon unanime. Mais on sait que très souvent, à un stade avancé de la procédure, celles-ci s'entendent difficilement. C'est pourquoi le législateur prévoit, alternativement, la compétence du juge étatique pour décider de la prorogation du délai d'arbitrage. En pratique, le juge étatique ne sera saisi, à la demande d'une partie ou du tribunal arbitral, que si on a cherché sans succès l'accord des parties. La loi camerounaise n° 2003/009 du 10 juillet 2003 désignant les juridictions compétentes visées à l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage et fixant le mode de leur saisine prévoit, pour la prorogation du délai d'arbitrage, la compétence du président du tribunal de première instance, ou le juge que ce dernier délègue à cet effet. La procédure de prorogation est contradictoire, puisque le texte précise que le juge est saisi comme en matière de référé.

La saisine du juge par une partie ne pose aucun problème particulier. La saisine par le tribunal arbitral pose un problème pratique, lorsque celui-ci est constitué de trois arbitres : qui doit saisir le juge ? L'idéal serait que les

trois membres du tribunal arbitral fassent la demande de prorogation. Il semble, toutefois, qu'il n'y aurait aucun problème à ce que l'un seulement des membres, très souvent le président, en fasse la demande.

Quelle forme doit prendre la prorogation conventionnelle du délai d'arbitrage ? L'idéal serait qu'elle soit explicite ; mais elle peut aussi être implicite. La CCJA a jugé que « *L'Acte uniforme ne précisant pas la forme de l'acte constatant l'accord des parties prorogeant le délai de la mission des arbitres, la prorogation peut être tacite, et dans ce cas, elle se déduit d'actes et faits émanant des parties elles-mêmes lorsque celles-ci, comme c'est le cas en l'espèce, ont continué à produire des écritures et pièces devant le tribunal arbitral jusqu'au 12 septembre 2012, sans aucune contestation sur le dépassement du délai imparti, alors même que, selon le calendrier figurant dans l'acte de mission du 7 février 2012, le délai de six mois imparti aux arbitres expirait le 7 août 2012* »¹. La Cour de cassation française pense la même chose lorsqu'elle décide que la prorogation résulte de la participation active, et sans réserve, à l'instance arbitrale ou à des mesures d'instruction après l'expiration du délai initial², voire d'un silence circonstancié gardé par les parties après sollicitation par les arbitres de la prorogation du délai³.

À défaut d'indication différente sur le point de départ de la prorogation, celle-ci commence à courir à l'expiration du délai en cours.

3. Modalités d'expression de la volonté des parties

Comme en ce qui concerne tous les points de la procédure d'arbitrage où le législateur renvoie à la commune volonté des parties, le recours à un centre d'arbitrage est une des modalités d'expression de cette commune volonté. Le règlement d'arbitrage pourrait contenir des dispositions sur le délai d'arbitrage, lesquelles pourraient régler du même coup les modalités de la prorogation. Si le règlement d'arbitrage ne contient pas de disposition sur le délai de départ, cela signifie qu'il laisse aux parties le soin de fixer un délai qui convient à leur litige. Si celles-ci n'en fixent pas un, on doit s'en tenir au délai légal de six mois.

Les parties à l'arbitrage n'indiqueront pas toujours très explicitement le délai conventionnel d'arbitrage. Celui-ci pourrait en effet résulter du calendrier provisionnel de procédure contenu dans l'acte de mission, si celui-ci est signé des deux parties. Cela signifie que le tribunal arbitral ne saurait allonger ce calendrier sans l'accord des parties ou sans une décision de l'autorité habilitée à proroger le délai d'arbitrage.

1. CCJA, arrêt n° 060/2017 du 30 mars 2017, *SOCOMAR SA c/Société Express Transport Khalifa dite Extra Khalifa Sarl* biblio.ohada.org/pmb/opac_css/doc_num.php?explnum_id=2203
2. Cass. 2^e civ., 11 mai 2000, *Rev. arb.* 2000, p. 635, note E. TAY-PAMART.
3. Cass. 2^e civ., 18 oct. 2001, *Rev. arb.* 2002, p. 89 (2^e espèce), note J.-G. BETTO.

La Cour de cassation française a jugé que l'avocat représentant une partie peut donner le consentement à la prorogation du délai imparti aux arbitres pour accomplir leur mission, sans pouvoir spécial de son client⁴. La solution est justifiée : un tel pouvoir est normalement compris dans le mandat *ad litem* que l'avocat a reçu, comme l'est celui de donner son consentement au délai initial d'arbitrage non fixé dans la convention d'arbitrage, au choix de la langue, du siège de l'arbitrage, de la loi applicable au fond et à la procédure d'arbitrage.

4. Suspension ou interruption de la procédure d'arbitrage

L'instance arbitrale pourrait-elle être suspendue ou interrompue ? Le législateur ne traite pas spécifiquement de la question, mais prévoit indirectement que la procédure d'arbitrage peut être suspendue. Elle peut l'être en raison du recours à une procédure préalable à l'arbitrage. Il faudrait sans doute penser que la procédure peut être suspendue pour d'autres raisons, ou être interrompue. On ne voit pas pourquoi elle ne serait pas suspendue, le temps du remplacement, lorsqu'une demande de récusation a abouti, lorsqu'un membre du tribunal arbitral a démissionné, est décédé, est empêché, a été révoqué. La suspension et l'interruption de l'instance arbitrale étant admises dans leur principe, il n'est pas facile de dégager leur régime juridique. Si les parties ont eu recours à un centre d'arbitrage, le règlement d'arbitrage applicable pourrait comporter des solutions au problème posé. À défaut, il faudrait appliquer les solutions prévues par la loi applicable à la procédure arbitrale.

4. Cass. 2^e civ., 21 nov. 2002, *JCP G* 2003, I, 164, spéc. n° 5, ons. J. ORTSCHIEDT ; *Rev. arb.* 2004, p. 303, note E. TAY-PAMART.

Article 13

Lorsqu'un différend faisant l'objet d'une procédure arbitrale en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction étatique, celle-ci doit, si l'une des parties en fait la demande, se déclarer incompétente.

Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi ou si aucune demande arbitrale n'a été formulée, la juridiction étatique doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle ou manifestement inapplicable à l'espèce. Dans ce cas, la juridiction étatique compétente statue sur sa compétence en dernier ressort dans un délai maximum de quinze (15) jours. Sa décision ne peut faire l'objet que d'un pourvoi en cassation devant la Cour commune de justice et d'arbitrage dans les conditions prévues par son règlement de procédure.

En tout état de cause, la juridiction étatique ne peut relever d'office son incompétence.

Toutefois, l'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle à ce qu'à la demande d'une partie, une juridiction étatique, en cas d'urgence reconnue et motivée, ordonne des mesures provisoires ou conservatoires dès lors que ces mesures n'impliquent pas un examen du différend au fond pour lequel seul le tribunal arbitral est compétent.

Cet article est rédigé dans la logique de la solution prévue à l'article 11 ci-dessus et traite, plus largement, des effets de la convention d'arbitrage en rapport avec la justice étatique. Il pose une règle assortie d'un aménagement : l'existence d'une convention d'arbitrage rend le juge étatique incompétent pour statuer sur le différend visé par la convention ; cependant, le juge étatique peut, en cas d'urgence, ordonner une mesure provisoire ou conservatoire qui n'implique pas un examen au fond du litige.

1. Incompétence du juge étatique en présence d'une convention d'arbitrage

La règle de l'incompétence du juge étatique pour statuer sur le différend soumis à l'arbitrage est un effet négatif de la convention d'arbitrage, corollaire direct de son effet positif qui est de rendre le tribunal arbitral

compétent. Dans son principe, elle est bien respectée par les juridictions¹. Mais les juges n'ont pas toujours compris la portée *ratione materiae* des conventions d'arbitrage. Ainsi, la cour d'appel du Littoral (Cameroun) a pu juger qu'une convention d'arbitrage qui vise les différends nés de l'interprétation et de l'exécution du contrat principal ne couvre pas celui portant sur la suspension dudit contrat². En l'espèce, la clause compromissoire prévoyait la saisine de la Chambre de commerce internationale de Paris en cas de différend portant sur l'interprétation ou l'exécution du contrat. Une partie avait saisi le juge camerounais du référé d'une demande de suspension du contrat. Elle demandait une mesure provisoire et conservatoire, que le juge pouvait accueillir s'il estimait qu'elle n'entraîne pas un examen au fond. Affirmer que « *le problème ne concerne ni l'interprétation ni l'exécution du contrat* » alors justement que c'est l'exécution qu'on demandait de suspendre, apparaît comme une compréhension très discutable des termes de la convention d'arbitrage. De même, la cour d'appel d'Abidjan, devant une convention d'arbitrage visant les différends nés de « l'application » du contrat principal, a confirmé un jugement du tribunal de la même ville qui avait retenu sa compétence pour statuer sur un différend en relevant que celui-ci porte sur « *la validité et donc l'existence même de la convention et non sur son application* »³. Cette décision a heureusement été cassée par la CCJA qui a jugé que « *le principe, d'autonomie de la convention d'arbitrage impose au juge arbitral, sous réserve d'un recours éventuel contre sa sentence à venir, d'exercer sa pleine compétence sur tous les éléments du litige, qu'il s'agisse de l'existence, de la validité ou de l'exécution de la convention* »⁴.

Dans cette affaire, on aurait pu raisonner en termes d'interprétation de la convention d'arbitrage. La ligne à suivre à cet égard est d'interpréter de façon utile les conventions d'arbitrage. Il s'agit d'éviter, en cas de doute, de faire prévaloir la volonté déclarée sur la volonté réelle⁵. Cela montre que le principe, parfois avancé, d'interprétation stricte de la clause d'arbitrage est en réalité largement écarté, car il pourrait encourager une partie de mauvaise foi à se saisir d'une maladresse rédactionnelle pour échapper à l'arbitrage. La cour d'appel de Paris a affirmé que « *La convention d'arbitrage*

1. CA Ouagadougou, arrêt n° 116 du 19 mai 2006, Ohadata, J-09-25 ; CA d'Abidjan, arrêt n° 1032 du 30 juill. 2002, Ohadata J-03-28 ; Tribunal de commerce de Kayes au Mali, jugement du 5 juill. 2007, cité par P. MEYER, in *Ohada : Traité et Actes uniformes commentés et annotés, Juriscope* 2016, p. 165 ; CCJA, arrêt n° 082/2014 du 22 mai 2014, *Recueil de jurisprudence de la CCJA*, n° 22, janv.-juin 2014, p. 144.
2. CA du Littoral, arrêt n° 39/réf du 8 janv. 1997, *Rev. cam de l'arbitrage*, n° 11, de sept.-oct.-déc. 2000, p. 22.
3. CA Abidjan, arrêt n° 552 du 12 mai 2006.
4. CCJA, arrêt n° 020/2008 du 24 avr. 2008, Ohadata J-09-300 ; *Rev. arb.* 2010, p. 585.
5. Voir en France, et parmi de très nombreuses décisions de justice, Cass. com., 13 mars 1978, *Rev. arb.* 1979, p. 339, note Ph. FOUCHARD ; Cass. 1^{re} civ., 15 janv. 2004, *Rev. arb.* 2004, p. 446.

soustrait d'une manière générale le litige à la compétence des tribunaux judiciaires pour tout ce qui est en relation causale ou connexe avec son objet ; lorsque la clause se réfère à l'exécution du contrat, elle est applicable au litige mettant en cause la caducité du contrat »⁶ ; lorsque la clause vise les différends relatifs à l'interprétation et à l'exécution du contrat, elle permet à l'arbitre de statuer sur le différend portant sur la validité de celui-ci⁷. La doctrine approuve ces solutions. En effet, après les avoir exposées, Christophe Seraglini et Jérôme Ortcheidt ajoutent : « Ces solutions doivent être approuvées. On doit considérer qu'à défaut de dispositions contractuelles claires, le pouvoir donné par les parties au tribunal arbitral d'ordonner l'exécution du contrat implique le pouvoir d'examiner au préalable, le cas échéant, sa validité, dès lors que la force obligatoire d'un contrat est conditionnée par sa validité. »⁸

2. Termes de la question de la compétence du juge étatique en présence d'une convention d'arbitrage

La question de la compétence du juge étatique en présence d'une convention d'arbitrage peut se poser dans deux circonstances différentes : soit le différend visé par la convention est porté devant le juge étatique alors que la procédure arbitrale est déjà déclenchée ; soit le différend est porté devant le juge étatique alors qu'aucune procédure d'arbitrage n'est déclenchée. La solution prévue paraît la même dans les deux circonstances, mais comporte une nuance importante. La règle de base est bien que dans l'un et l'autre cas le juge étatique doit se déclarer incompétent, si la partie intéressée le lui demande. Il est nécessaire que l'exception d'incompétence soit formée *in limine litis*⁹, parce que les parties qui ont conclu une convention d'arbitrage peuvent y renoncer, même implicitement. La renonciation implicite résulterait du fait que sans protester, le défendeur suive le demandeur devant le juge étatique. Dans une affaire née d'un contrat de concession qui contenait une clause compromissoire, le Tribunal de première instance de Cotonou a pu rendre un jugement au fond, aucune partie n'ayant invoqué la convention d'arbitrage¹⁰.

Lorsque la renonciation est avérée devant le juge étatique, il reste à en déterminer la portée. En présence d'un compromis, la renonciation

6. Paris, 10 mars 1995, *Rev. arb.* 1996, p. 143, obs. Y. DERAÏNS.

7. Paris, 17 janv. 2002, *Rev. arb.* 2002, p. 202 ; confirmé par Cass. 2^e civ., 15 janv. 2004, *Rev. arb.* 2004, p. 446.

8. Ch. SERAGLINI et J. ORTCHEIDT *op. cit.* p. 207, n° 185 ; B. BAYO BYBI, « L'efficacité de la convention d'arbitrage en droit Ohada », *Penant* n° 876, p. 361.

9. CA de Pointe Noire (Congo) arrêt n° 046 du 7 nov. 2008.

10. TPI de Cotonou, 1^{re} ch. com., jugement n° 025 du 2 sept. 2002, Ohadata J-05-294 ; voir aussi CCJA, arrêt n° 009/2006 du 29 juin 2006, Ohadata J-07-23 ; Le *juris-Ohada* n° 4 : 2006, p. 2 ; CCJA, arrêt n° 047/2010 du 15 juill. 2010 Ohadata J-12-95.

ferme complètement la voie de l'arbitrage puisque le compromis porte sur un différend particulier. En revanche, en présence d'une clause compromissoire, laquelle ouvre la possibilité de recourir à l'arbitrage pour un ensemble de différends éventuels, la renonciation intervenant dans le cadre d'un différend ne peut, sauf si ses termes ne laissent aucun doute à cet égard, être considérée de manière générale à l'égard de tous les différends. Il est alors possible de recourir à l'arbitrage pour le litige pour lequel la renonciation n'a pas été faite. La Cour de cassation française a cependant jugé que la partie qui saisit le juge étatique d'une demande au fond renonce au bénéfice de la convention d'arbitrage « *non seulement en ce qui concerne la demande présentée, mais aussi quant aux demandes reconventionnelles rattachées au même contrat qui pourraient être présentées par l'autre partie* »¹¹.

La renonciation rendant le juge étatique compétent est une renonciation bilatérale. Initiée par une partie, elle doit être acceptée par l'autre. Une renonciation unilatérale, même certaine et non équivoque, ne peut fonder la compétence du juge étatique¹².

La nuance dans le principe de l'incompétence du juge étatique concerne l'hypothèse où la procédure arbitrale n'a pas commencé et où le juge étatique est saisi : ce dernier dispose du pouvoir de statuer au fond sur le litige qui lui est soumis si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable à l'espèce. Cette nuance peut se comprendre aisément : la nullité manifeste étant une nullité qui apparaît de façon évidente, renvoyer les parties devant le tribunal arbitral ne peut entraîner qu'une perte de temps, puisque celui-ci devra certainement se déclarer incompétent. Il est même permis de penser qu'en raison de la nullité manifeste de la convention d'arbitrage, la procédure d'arbitrage ne s'ouvrira jamais. L'analyse faite en ce qui concerne la nullité manifeste de la convention d'arbitrage vaut en ce qui concerne son inapplicabilité manifeste à l'espèce.

Malgré tout, la discussion peut se porter sur le caractère manifeste de la nullité ou de l'inapplicabilité. Si le juge étatique retient sa compétence alors que la nullité ou l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage n'est pas manifeste, cela aura pour conséquence de retarder la procédure d'arbitrage de manière considérable. C'est pourquoi, pour minimiser ce risque, le législateur prend deux précautions qui n'existaient pas dans l'ancien texte : d'une part, la juridiction étatique compétente statue sur sa compétence en dernier ressort et dans un délai maximum de quinze jours ; d'autre part, sa décision ne peut faire l'objet que d'un pourvoi en cassation

11. Cass. 1^{re} civ., 6 juin 1978, *JDI* 1978, p. 908, note B. OPPÉTT.

12. Voir cependant CCJA, arrêt n° 012/2012 du 8 mars 2012, *Recueil de jurisprudence de la CCJA* n° 18 janv.-juin 2012, p. 144 ; Ohadata J-14-147.

devant la CCJA, dans les conditions prévues par son règlement de procédure.

C'est parce que la décision est rendue en dernier ressort qu'elle ne peut faire l'objet que d'un pourvoi en cassation. Celui-ci se fait devant la CCJA, juridiction compétente pour le contrôle de la bonne application des Actes uniformes¹³. En cas de cassation, la Cour évoque.

La décision de la CCJA n'est enfermée dans aucun délai, contrairement à celle de la juridiction de fond sur la compétence, qui doit être rendue dans un délai maximum de quinze jours. Le législateur a voulu, dans ce dernier cas, montrer qu'il faut aller vite ; mais il ne semble pas qu'une décision rendue hors délai puisse être considérée comme nulle et non avenue. Si un pourvoi porte sur le seul point du dépassement du délai de jugement, il ressemblerait à du dilatoire.

Le législateur ayant prévu un délai très bref, la juridiction étatique compétente ne saurait judicieusement lier la question de sa compétence au fond du contentieux. Si elle le fait et vide le contentieux dans le délai de quinze jours, les termes du contentieux subséquent sont faussés, car même si le fond du contentieux est de la compétence du juge étatique saisi, il est peu probable qu'il s'agisse d'un contentieux se réglant en premier et dernier ressort.

En tout état de cause, le juge étatique doit se déclarer incompétent si la moindre discussion peut s'élever sur la nullité ou l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage, car dans ces conditions, la nullité ou l'inapplicabilité n'est pas manifeste¹⁴.

3. Compétence du juge étatique pour les mesures provisoires ou conservatoires

Le législateur détermine la compétence pour prendre les mesures provisoires ou conservatoires, mais ne définit pas celles-ci. On pourrait les cerner à partir de leur but ou de leur objet. En partant de leur but, l'Association de droit international indique que ces mesures poursuivent deux objectifs : préserver le *statu quo* en attendant que le fond du litige soit tranché ou saisir des biens pouvant servir à satisfaire les condamnations du jugement à

13. Voir article 14 du Traité Ohada.

14. Voir B.Y. MEUKE, « Recours devant une juridiction étatique dans l'espace Ohada et clause compromissoire : à quel moment doit-on soulever l'incompétence de la juridiction étatique pour que la mise en œuvre de la clause compromissoire ne soit pas tardive ? », Ohadata D-11-83.

intervenir. Sous l'angle de leur objet, l'article 17 de la loi type de la CNUDCI prévoit que le juge peut prescrire à une partie de :

- préserver ou rétablir le *statu quo* en attendant que le différend ait été tranché ;
- prendre des mesures de nature à empêcher, ou s'abstenir de prendre des mesures susceptibles de causer un préjudice immédiat ou imminent ou une atteinte au processus arbitral lui-même ;
- fournir un moyen de sauvegarder des biens qui pourront servir à l'exécution d'une sentence ultérieure ;
- sauvegarder des éléments de preuve qui peuvent être pertinents et importants pour le règlement du différend.

Lorsqu'on part du but ou de l'objet des mesures provisoires ou conservatoires, on comprend aisément la solution du législateur Ohada. Il rappelle que le tribunal arbitral est seul compétent pour le fond, mais admet qu'on puisse demander au juge étatique de prendre une mesure provisoire ou conservatoire, en cas d'urgence reconnue et motivée.

Lorsque la nécessité de prendre une mesure provisoire ou conservatoire se présente alors que le tribunal arbitral n'est pas encore constitué, la compétence du juge étatique pour le faire s'impose avec évidence. On ne peut en effet attendre que le tribunal arbitral soit constitué, ce qui peut prendre parfois un temps très long, pour chercher à sauvegarder des éléments de preuve qui peuvent être pertinents, ou pour rendre indisponibles des biens qui peuvent permettre de satisfaire les condamnations que pourrait contenir la sentence arbitrale à venir.

Le législateur n'a cependant pas voulu cantonner le juge étatique à la seule hypothèse où la nécessité des mesures provisoires ou conservatoires se pose alors que le tribunal arbitral n'est pas encore constitué ; le juge étatique demeure compétent alors même que le tribunal arbitral est mis en place.

4. Conditions d'admission de la compétence du juge étatique pour les mesures provisoires ou conservatoires

Le législateur pose des conditions pour l'admission de la compétence du juge étatique : « *une urgence reconnue et motivée* ». Il faudrait ramener toute cette tournure à une seule condition, à savoir l'urgence. Dans le cadre de cet article, la condition d'urgence peut se comprendre de deux façons : dans un premier sens, elle serait posée par le législateur non pas spécifiquement pour admettre la compétence du juge étatique pour les mesures provisoires ou conservatoires, mais pour préciser la nature de celles-ci, lesquelles supposeraient l'urgence. Dans un second sens, elle s'attacherait spécifiquement à l'admission de la compétence du juge étatique, ce qui

signifie qu'en l'absence d'urgence seul le tribunal arbitral serait compétent. Les juges camerounais ont déjà eu à refuser la désignation d'un expert au motif qu'il n'y avait pas urgence¹⁵. Lorsque la mesure sollicitée est ordonnée, le juge relève l'urgence. Le TGI de Wum (Cameroun) a ainsi désigné un séquestre de loyers en indiquant que l'urgence est justifiée par la difficulté engendrée par la conservation de l'argent¹⁶.

La condition d'absence de possibilité d'examen au fond est importante ici. Il faudrait toujours se rappeler que le fond du litige est de la compétence exclusive du tribunal arbitral ; permettre que le juge étatique, pour prendre la mesure, examine le fond, c'est méconnaître cette compétence exclusive. Le juge des référés est incompétent pour statuer sur une demande de résiliation¹⁷.

Mais, dans l'hypothèse où le tribunal arbitral n'est pas encore constitué, il ne semble pas que le juge étatique pourrait refuser d'ordonner la mesure provisoire qui l'amène à un léger examen du fond dès lors que sa décision ne lie pas l'arbitre qui va en définitive trancher le fond. C'est du moins ce qu'a décidé la cour d'appel de Niamey dans une affaire où la mesure demandée amenait à apprécier le caractère non contestable d'une créance¹⁸.

Il faudrait noter que cet article 13 ne reprend plus la référence aux mesures provisoires ou conservatoires devant s'exécuter dans un État non partie au Traité Ohada. Cette suppression est justifiée, car il ne revient pas au législateur Ohada de réglementer les mesures provisoires ou conservatoires devant s'exécuter à l'étranger, en particulier si cette exécution emporte coercition.

5. Compétence du tribunal arbitral pour les mesures provisoires ou conservatoires

Une importante question se pose à la lecture de cet article 13 : le tribunal arbitral est-il compétent pour prendre des mesures provisoires ou conservatoires ? Le législateur répond à cette question par l'affirmative, à l'article 14 *infra*. Il est même permis d'affirmer que dans les domaines où cette compétence est concurrente de celle du juge étatique, les parties peuvent renoncer à celle du juge étatique. Cette renonciation peut être expresse, et prendre la forme d'une stipulation de la convention d'arbitrage. Elle peut

15. Ordonnance du président du TPI de Douala, confirmée par la cour d'appel du Littoral, arrêt du 15 mai 2000.

16. TGI de Wum, n° 640 du 3 juin 2011, in *Ohada Code bleu*, M. BIUMIA (dir.), Éditions Juriafrica, 2016, p. 973.

17. CCJA, arrêt n° 47/2015 du 27 avr. 2015, Ohadata J-16-47.

18. Niamey, arrêt n° 142 du 24 déc. 2003, Ohadata J-04-75.

également être implicite, notamment du fait de l'adoption d'un règlement d'arbitrage prévoyant une disposition en ce sens¹⁹.

6. Mesures provisoires ou conservatoires demandées au juge étatique et procédure arbitrale

Le législateur ayant prévu la compétence du juge étatique pour les mesures provisoires ou conservatoires, la demande de telles mesures ne saurait être analysée comme une renonciation à la convention d'arbitrage²⁰. On devrait sans doute y voir une renonciation dans l'hypothèse où la convention d'arbitrage ou le règlement d'arbitrage applicable avait prévu la compétence exclusive du tribunal arbitral pour ces mesures²¹. Mais une telle compétence exclusive ne peut être stipulée que pour les mesures provisoires ou conservatoires que la loi autorise l'arbitre à prendre. Les parties ne pouvant demander au tribunal arbitral de faire ce que la loi lui interdit, celles-ci ne peuvent que saisir le juge étatique, sans qu'une telle saisine puisse être vue comme une renonciation à la convention d'arbitrage.

Il serait judicieux, au cas où les mesures provisoires ou conservatoires sont demandées au juge étatique, que le tribunal arbitral en soit informé. Celui-ci devrait aussi être informé de la décision rendue par le juge étatique. Il en va de la cohérence de l'ensemble des interventions dans une même affaire.

Il n'est pas impossible qu'après avoir introduit une demande de mesure provisoire devant le juge étatique, une partie adresse la même demande au tribunal arbitral. Rien n'empêche que celui-ci y statue si le juge étatique ne l'a pas encore fait²².

19. Cass. 1^{re} civ., 18 nov. 1986, *JDI* 1987, p. 124, note E. GAILLARD.

20. En France, Cass. 1^{re} civ., 4 juin 2009, *Rev. arb.* 2009, p. 652.

21. En France, Paris, 7 juin 2001, *Rev. arb.* 2001, p. 616.

22. Voir R. MAFO DIFFO, *Le juge judiciaire et l'arbitrage dans l'espace Ohada*, thèse de doctorat Ph. D. Université de Dschang, 2015 ; J. METCHUM TAGHUEU, *L'autonomie de l'arbitrage commercial international*, thèse de doctorat Ph. D. Université de Yaoundé II, 2018.

Article 14

Les parties peuvent, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage, régler la procédure arbitrale. Elles peuvent aussi soumettre celle-ci à la loi de procédure de leur choix.

Faute d'une telle convention, le tribunal arbitral peut procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié.

À l'appui de leurs prétentions, les parties ont la charge d'alléguer et de prouver les faits propres à les fonder.

Les parties agissent avec célérité et loyauté dans la conduite de la procédure et s'abstiennent de toutes mesures dilatoires.

Si, sans invoquer de motif légitime :

- le demandeur ne présente pas sa demande, le tribunal arbitral met fin à la procédure arbitrale ;
- le défendeur ne présente pas sa défense, le tribunal arbitral poursuit la procédure arbitrale sans toutefois considérer ce défaut en soi comme une acceptation des allégations du demandeur ;
- l'une des parties omet de comparaître à l'audience ou de produire des documents, le tribunal arbitral peut poursuivre la procédure et statuer sur la base des éléments de preuve dont il dispose.

Le tribunal arbitral peut inviter les parties à lui fournir des explications de fait et à lui présenter, par tout moyen légalement admissible, les preuves qu'il estime nécessaires à la solution du différend.

Il ne peut retenir dans sa décision les moyens, explications ou documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens qu'il aurait relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations.

Si l'aide des autorités judiciaires est nécessaire à l'administration de la preuve, le tribunal arbitral peut, d'office ou sur requête, solliciter le concours de la juridiction compétente dans l'État Partie. La partie qui, en connaissance de cause, s'abstient d'invoquer sans délai une irrégularité et poursuit l'arbitrage est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir.

Le tribunal arbitral, sauf volonté contraire des parties, dispose également du pouvoir de trancher tout incident de vérification d'écritures ou de faux.

En cas de besoin, le tribunal arbitral peut, après consultation des parties ou à leur demande, nommer un ou plusieurs experts chargés de lui faire rapport sur les points qu'il détermine et entendre ces derniers à l'audience.

Le tribunal arbitral peut également, à la demande de l'une ou l'autre partie, prononcer des mesures provisoires ou conservatoires à l'exclusion des saisies conservatoires et des sûretés judiciaires qui restent de la compétence des juridictions étatiques.

Cet article traite de questions disparates et mérite d'être commenté par morceaux, sans qu'il soit nécessaire de suivre le plan du texte.

1. Normes procédurales applicables à l'arbitrage

Le législateur adopte, à cet égard, une solution classique : la prééminence de la volonté des parties et, en l'absence de volonté des parties, la décision du tribunal arbitral.

C'est de façon implicite que le législateur affirme la prééminence de la volonté des parties en ce qui concerne les normes procédurales applicables, puisqu'il n'énonce que les modalités d'expression de cette volonté. La première solution consiste, pour les parties, à énoncer elles-mêmes les règles procédurales applicables. Elle est la moins praticable, parce que les parties arriveraient difficilement à prévoir des réponses à toutes les questions susceptibles de se poser. Par ailleurs, il faudrait craindre que mal avisées, elles prévoient des solutions qui conduisent à une impasse ou exposent à l'annulation la sentence arbitrale qui sera rendue.

La deuxième solution consiste à se référer au règlement d'arbitrage d'une institution permanente d'arbitrage. Il n'est pas souhaitable que les parties fassent un tel choix dans un arbitrage *ad hoc*, au moins parce qu'un règlement d'arbitrage règle non seulement les rapports entre les parties et le tribunal arbitral, mais également les rapports entre ces premiers acteurs et le centre d'arbitrage. Si malgré tout ce choix est fait, cela signifiera que le règlement d'arbitrage visé doit être lu, en supprimant ce qui doit être supprimé. Les parties pourraient bien, cependant, se référer au règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

La troisième solution est d'indiquer une loi de procédure. Il est possible que cette solution se combine avec les deux premières. En effet, même dans l'hypothèse où les parties se sont référées à un règlement d'arbitrage, celui-ci peut ne pas régler tous les aspects de la procédure. C'est pourquoi beaucoup de règlements d'arbitrage prévoient que les parties doivent déterminer la loi applicable à la procédure. Il faudrait donc comprendre

qu'il s'agit de la loi devant pallier la carence du règlement d'arbitrage applicable. *A fortiori*, dans un arbitrage *ad hoc* où les parties seront rarement exhaustives sur la solution des problèmes procéduraux, la désignation de la loi de procédure applicable sera utile. Dans l'espace Ohada, la loi de procédure qui pourrait être appliquée est celle applicable devant le juge étatique, puisqu'il n'y a pas, en dehors de l'Acte uniforme, un ensemble de règles de procédures arbitrales.

Rien n'impose qu'en l'absence de volonté exprimée des parties, le tribunal arbitral applique telle ou telle loi de procédure, même si l'arbitrage est interne. La volonté du législateur Ohada étant de ne pas distinguer entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international, le choix de la loi de procédure sera possible dans un arbitrage interne et la loi du lieu de l'arbitrage ne s'imposera pas en cas d'absence de choix.

Dans ce dernier cas, le tribunal arbitral peut procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié. Le cheminement procédural adopté devra cependant être approprié, car, comme les parties fixant elles-mêmes les règles procédurales, il y a des principes que le tribunal arbitral ne peut remettre en cause, en particulier le principe de l'égalité des parties et le principe du contradictoire.

Dans la pratique se pose la question des modalités de l'exercice de ce pouvoir par le tribunal arbitral. Il est indiscutable que celui-ci peut, comme les parties, régler directement la procédure, se référer à un règlement d'arbitrage ou à une loi de procédure. Dans la première hypothèse, il dispose encore d'une faculté : déterminer les règles applicables dès le début de la procédure, ou au fur et à mesure que les problèmes se posent. La première option a le mérite de fixer les parties, très tôt, sur les règles procédurales à suivre, ce qui fait gagner en prévisibilité ; la seconde a le mérite de s'adapter aux problèmes à résoudre concrètement, ce qui la rend très pratique.

2. Répartition des rôles entre les parties et le tribunal arbitral

Suivant le principe dispositif, les parties ont la charge d'alléguer et de prouver les faits propres à fonder leurs prétentions. Cette règle doit s'appliquer, même lorsque l'arbitre statue en équité¹.

La règle attribue une double charge : celle des allégations et celle de la preuve. En ce qui concerne les allégations, la solution posée par le législateur a pour conséquence d'interdire aux arbitres d'amener dans la procédure les faits dont ils auraient une connaissance personnelle et que les parties n'ont pas allégués. Mais la règle est doublement limitée. D'une part, le tribunal arbitral peut considérer comme étant dans le débat, et donc

1. En France, Cass. 2^e civ., 28 févr. 1990, *Bull. civ.* II, n° 43 ; *Rev. arb.* 1990, p. 649.

susceptible de fonder sa décision, les faits que les parties n'ont pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions, mais qui résultent des pièces produites. D'autre part, le tribunal arbitral peut inviter les parties à fournir les explications de fait qu'il estime nécessaires à la solution du litige.

Cette faculté s'applique également à la preuve des faits, qui est en principe à la charge des parties. Lorsque le tribunal arbitral aura fait injonction à une partie de fournir telle preuve, faute de pouvoir de contrainte, il ne pourra que tirer des conséquences de la défaillance de celle-ci.

Les preuves demandées par le tribunal arbitral ou fournies spontanément par les litigants devraient être légalement admissibles ; ce qui signifie que les arbitres ont le pouvoir de rejeter celles illégalement obtenues.

Dans certains cas, les parties ne peuvent pas rassembler, sans l'aide du juge étatique, les preuves dont elles ont besoin. Il en est ainsi lorsqu'une preuve est détenue par un tiers. Le législateur aurait pu laisser à la partie concernée la responsabilité de solliciter la juridiction étatique pour la collecte de ces preuves ; il a cependant prévu que le tribunal arbitral peut l'y aider, en sollicitant lui-même le juge étatique.

Le législateur n'évoque pas expressément la question des moyens de droit. C'est au moins parce que l'arbitrage peut se rendre en équité. Et lorsqu'il s'agit d'un arbitrage en droit, le tribunal arbitral a le devoir d'appliquer la règle de droit appropriée aux faits apportés par les parties. Il peut alors être amené à requalifier les faits et les actes produits, à faire une substitution de fondement juridique ou à soulever d'office un moyen. Dans cette dernière hypothèse, le législateur lui fait obligation de soumettre ce moyen à la discussion des parties. Certes, le législateur ne vise que le moyen soulevé d'office ; mais il faudrait appliquer la solution aux autres hypothèses, celles où le tribunal arbitral prend des initiatives pour l'application de la règle de droit appropriée (requalification, changement de fondement juridique, etc.).

Cette exigence de soumission des moyens relevés d'office à la discussion des parties est importante en ce sens que l'ignorer peut entraîner l'annulation de la sentence sur le fondement de la violation du principe du contradictoire.

Il faudrait situer sur le terrain de la répartition des rôles entre le tribunal arbitral et les parties le pouvoir reconnu au premier de nommer des experts. Si c'est à son initiative que le tribunal arbitral désigne un expert, il devrait consulter les parties avant de procéder à la désignation. La solution peut se justifier par une raison au moins : les frais d'expertise sont supportés par les parties. Il ne semble cependant pas que l'arbitre soit lié par l'avis des parties, même unanime.

Si l'expertise est demandée par les parties, le tribunal arbitral appréciera la pertinence de la demande, pour l'accepter ou la rejeter. Il ne viole pas le principe d'égalité des parties s'il refuse une expertise sollicitée par une des parties et accepte une autre sollicitée par l'autre partie.

Le tribunal arbitral nomme le ou les experts de son choix.

La nomination de l'expert se fait par une ordonnance de procédure qui indique les points à clarifier. Le rapport de l'expert est communiqué aux parties pour être débattu contradictoirement.

3. Principe de la contradiction dans la procédure

Ce principe est ici saisi à travers les sujétions qu'il impose aux arbitres. Ces derniers ne peuvent, dit le texte, « *retenir dans leur décision les moyens, les explications ou les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement* ». Cela signifie que les arbitres doivent permettre et, au besoin, obliger les parties à échanger sur les explications invoquées ou les documents produits. C'est ainsi que les arbitres doivent écarter les conclusions et pièces qui sont produites devant eux sans être communiquées à la partie adverse. Ils pourraient même, sans violer eux-mêmes ce principe, écarter les mémoires produits tardivement².

Les arbitres doivent s'assurer que, dès le début du procès, le défendeur a été informé de la procédure engagée contre lui. L'absence de réaction du défendeur ne justifie pas qu'il ne soit pas informé de la suite de la procédure. Grosso modo, le principe du contradictoire exige que chacune des parties ait été en mesure de faire valoir ses prétentions et ses moyens de fait et de droit, de connaître ceux de son adversaire et de les discuter³.

La preuve du respect de la procédure contradictoire est cependant difficile à rapporter. Les énonciations de la sentence ont à cet égard une force particulière ; elles font foi des affirmations qu'elles contiennent quant au déroulement de la procédure, et donc de la possibilité qui a été donnée aux parties de faire valoir leurs moyens⁴.

4. Célérité et loyauté dans la procédure arbitrale

La célérité fait partie des avantages de l'arbitrage. Le tribunal arbitral, dont la mission est enfermée dans un délai, veille naturellement au bon rythme de la procédure arbitrale. Il peut être amené à mettre fin à la procédure arbitrale si, sans motif légitime, celui qui l'a déclenchée ne formule pas de demande, ce qui est plutôt rare. Plus souvent, c'est le défendeur désigné

2. En France, voir Paris, 23 févr. 1996, *Rev. arb.* 2000, p. 471.

3. Voir à cet égard la loi type de la CNUDCI, article 24.3.

4. En France, Paris, 24 mars 2005, *JCP G* 2005, I. 179 n° 7, obs. ORTSCHIEDT.

qui pourrait ne pas présenter sa défense. En de telles circonstances, le tribunal arbitral ne peut considérer ce défaut comme une acceptation des allégations du demandeur qu'il doit examiner. Il doit aussi pouvoir statuer sur les seuls éléments qu'il y a dans le dossier si, à un moment donné, l'une des parties ne comparaît pas, ou ne produit pas les documents attendus d'elle.

La stratégie d'une partie peut cependant ne pas être de rester en dehors de la procédure, mais de gagner du temps. Les parties seront supposées avoir agi avec célérité si elles respectent les délais qui leur sont prescrits par les règles applicables, même si elles attendent le *dies ad quem* pour agir.

Les actes de procédure ne sont cependant pas toujours enfermés dans des délais précis. Lorsqu'un acte n'est pas ainsi enfermé dans un délai, il semble indiqué d'agir le plus tôt possible sous peine de ne plus pouvoir le faire utilement. C'est l'application de la règle que pose le législateur à l'alinéa 9 : « *La partie qui, en connaissance de cause, s'abstient d'invoquer sans délai une irrégularité et poursuit l'arbitrage est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir* ».

La règle posée à l'alinéa 9 est importante à deux niveaux : elle empêche qu'une irrégularité connue depuis longtemps ne soit invoquée tardivement devant le tribunal arbitral ; elle empêche aussi qu'une demande d'annulation de la sentence arbitrale soit fondée sur une irrégularité qui n'a pas été soulevée devant le tribunal arbitral alors que la partie qui l'invoque en avait connaissance. Ainsi, à moins que le vice ne lui soit caché ou révélé trop tardivement pour qu'elle puisse le dénoncer devant les arbitres, une partie qui a participé activement et sans protester à la procédure d'arbitrage ne peut invoquer devant le juge chargé du contrôle de la sentence les motifs suivants : le dépassement du délai d'arbitrage⁵, l'absence ou la nullité de la convention d'arbitrage, le défaut d'indépendance ou d'impartialité d'un arbitre, une méconnaissance du principe du contradictoire, etc. Le cas échéant, c'est celui qui estime qu'une irrégularité était connue qui doit administrer la preuve de cette connaissance.

Toutes les solutions qui viennent d'être évoquées peuvent se fonder sur la loyauté que le législateur exige des parties. Mais la loyauté couvre un champ plus vaste et, notamment, impose aux parties de se faire mutuellement connaître, en temps utile, leurs prétentions et moyens, de manière à éviter qu'une demande qui aurait dû être faite plus tôt ne le soit tardivement dans un but dilatoire. Le tribunal arbitral peut, dans ces conditions, déclarer irrecevable une demande nouvelle tardive. Le principe de la loyauté interdit aussi qu'une partie, après que la sentence soit rendue, en demande l'annulation sur la base d'un moyen incompatible avec la position

5. CCJA, arrêt n° 060/2017 du 30 mars 2017, *SOCOMAR SA c/Société Express Transport Khalifa dite Extra Khalifa Sarl*, biblio.ohada.org/pmb/opac_css/doc_num.php?explnum_id=2203

qu'elle a eue dans la procédure arbitrale. C'est pourquoi celui qui a introduit la demande d'arbitrage ne peut demander la nullité de la sentence pour absence ou nullité de la convention d'arbitrage⁶. Pareillement, celui qui s'est fondé sur la convention d'arbitrage pour conclure à l'incompétence du juge étatique saisi par son adversaire ne peut, par la suite, soutenir que celle-ci est inexistante ou nulle⁷ ; celui qui est informé par le président du tribunal arbitral de la nécessité de différer d'un mois le délai d'arbitrage pour permettre le prononcé de la sentence, ne peut pas invoquer le dépassement du délai d'arbitrage s'il n'a pas en son temps formulé de critique à ce différé⁸. Le principe de la loyauté commande aussi que les parties participent aux mesures d'instruction ordonnées par les arbitres.

5. Pouvoir reconnu aux arbitres de prendre des mesures provisoires ou conservatoires

L'Acte uniforme du 11 mars 1999 n'accordait pas expressément aux arbitres le pouvoir de prendre des mesures provisoires ou conservatoires ; mais le bénéfice de ce pouvoir ne faisait pas de doute. D'une part, ces mesures se rattachent par leur but ou leur objet au différend soumis à l'arbitrage ; elles n'existent donc pas pour elles-mêmes. D'autre part, la reconnaissance de ce pouvoir aux arbitres semblait relever de l'évidence⁹.

Il n'empêche qu'il faut juger favorablement le choix du législateur de reconnaître expressément aux arbitres le pouvoir de prononcer les mesures provisoires ou conservatoires, en leur fixant des limites. En effet, le législateur a exclu du champ des mesures que pourraient prendre les arbitres, les saisies conservatoires et les sûretés judiciaires ; celles-ci restent de la compétence exclusive des juridictions étatiques. Ces exclusions peuvent se comprendre : ces mesures peuvent impliquer des tiers et s'exécutent presque nécessairement par la coercition.

Contrairement au juge étatique dont la compétence pour prendre les mesures provisoires ou conservatoires est conditionnée par l'urgence, le tribunal arbitral s'est vu reconnaître ce pouvoir sans la condition d'urgence. Cela dénoterait une certaine préférence du législateur pour le tribunal arbitral lorsqu'il est constitué. Certains règlements d'arbitrage, tel celui du

6. Cass. 1^{re} civ., 6 juill. 2005, *D.* 2005, *Pan* p. 3060, obs. Th. CLAY.

7. Paris, 20 sept. 2007, *JCP G* 2007, I, 216, n° 4.

8. Paris, 25 sept. 2008, *Rev. arb.* 2008, p. 838.

9. Voir J.-M. TCHAKOUA, « Aux frontières de l'obligation de soumettre aux arbitres le différend visé par la convention d'arbitrage : les mesures provisoires ou conservatoires », in *L'Obigation, Études offertes au professeur Paul-Gérard Pougoué*, L'Harmattan Cameroun, Yaoundé, 2015, p. 935 ; K. DOUJANI, « Les mesures provisoires et conservatoires dans l'arbitrage Ohada », *Penant* n° 833, p. 137.

GICAM, comprennent ainsi la solution, ce qui les amène à prévoir que c'est de façon exceptionnelle, en particulier lorsque l'urgence de la mesure sollicitée ne laisse pas au tribunal arbitral la possibilité d'y statuer en temps utile, que le juge étatique pourrait être saisi de la demande d'une telle mesure après la constitution du tribunal arbitral (article 15. 6).

Les mesures ordonnées par le tribunal arbitral ne peuvent cependant faire l'objet d'exécution forcée sans exequatur, ce qui implique qu'elles doivent être prises non pas en la forme d'une ordonnance de procédure, mais sous forme de sentence arbitrale. Effrayés par ce double parcours, certains justiciables préféreront demander ces mesures au juge étatique dont la décision est directement exécutoire. Ce chemin peut cependant s'avérer finalement plus périlleux si des recours sont faits contre la décision du juge étatique.

Dans le champ où ils peuvent prendre des mesures provisoires et conservatoires, les arbitres peuvent se voir accorder par les parties une compétence exclusive¹⁰.

6. Pouvoir du tribunal arbitral de prononcer des astreintes

En droit français, et en droite ligne du pouvoir de prendre des mesures provisoires ou conservatoires, le législateur donne aux arbitres le pouvoir d'assortir celles-ci d'astreintes lorsqu'ils les jugent opportunes (article 1468 du Code de procédure civile). Le pouvoir de prononcer les astreintes peut aussi être exercé lorsque les arbitres enjoignent à une partie qui détient un élément de preuve de le produire (art. 1467 du Code de procédure civile). Le législateur Ohada ne dit rien sur le pouvoir du tribunal arbitral de prononcer des astreintes. Cependant, de manière pratique, même s'il ne peut expressément prononcer des astreintes, le tribunal arbitral peut tirer toutes les conséquences de la défaillance d'une partie dans la procédure arbitrale. De façon plus hardie, on pourrait considérer que le pouvoir de prononcer des astreintes est une part irréductible de l'*imperium mixtum* que détient l'arbitre en tant que juge, de sorte qu'il faudrait relativiser l'absence de mention expresse dans l'Acte uniforme de ce pouvoir¹¹.

7. Pouvoir du tribunal arbitral de trancher les incidents de vérification d'écritures ou de faux

Le législateur reconnaît ce pouvoir au tribunal arbitral, mais permet aux parties de le lui retirer au profit du juge étatique.

10. Voir *supra*, commentaire sous article 13.

11. Sur ce pouvoir, voir D. CHEKROUN, « L'imperium de l'arbitre », *L'arbitrage, Archives de philosophie du droit*, tome 52, Paris, Dalloz, 2009, p. 135 et s.

Le choix de permettre que le tribunal arbitral tranche les incidents de vérification d'écritures ou de faux est très pertinent au regard du besoin de célérité de la procédure arbitrale. Attribuer un tel pouvoir au juge étatique aurait entraîné nécessairement la suspension de l'instance arbitrale pour une durée qu'on ne peut prévoir. Or, il n'est pas rare qu'une partie à l'arbitrage dénie la signature ou l'écriture qu'on lui attribue, déclare ne pas reconnaître celle d'une autre personne, prétend qu'un acte a été frauduleusement altéré. Mais si ce sont les parties, elles-mêmes, qui décident que l'incident devra être tranché nécessairement par le juge étatique, on ne peut les plaindre puisqu'elles sont les premières bénéficiaires de la célérité qu'on souhaite dans l'examen des affaires soumises à l'arbitrage.

Si l'Acte uniforme donne pouvoir aux arbitres de trancher les incidents de vérification d'écritures et de faux, il ne détermine pas la procédure à suivre. Il semble dès lors logique de se référer à la loi de procédure applicable, quitte à l'amputer des dispositions qui ne peuvent être mises en œuvre qu'avec la coercition ou les injonctions aux tiers. À défaut, le tribunal arbitral procèdera comme il le juge approprié.

Le tribunal arbitral peut trancher l'incident de vérification d'écritures ou de faux dans une sentence partielle, ou joindre l'incident au fond.

Article 15

Le tribunal arbitral tranche le fond du différend conformément aux règles de droit choisies par les parties. À défaut de choix par les parties, le tribunal arbitral applique les règles de droit qu'il estime les plus appropriées en tenant compte, le cas échéant, des usages du commerce international.

Il peut également statuer en amiable compositeur lorsque les parties lui ont conféré ce pouvoir.

Cet article est de ceux qui témoignent du choix du législateur Ohada de ne pas distinguer entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international. Classiquement, c'est dans le cadre de l'arbitrage international que les parties ont la possibilité de choisir la loi applicable ; mais ici, le législateur leur ouvre cette possibilité sans considération du caractère interne ou international de l'arbitrage.

1. Choix des règles applicables au fond

Le choix des parties peut s'exprimer dans la convention d'arbitrage ou en début de procédure, notamment dans l'acte de mission.

À défaut de choix des parties, le tribunal arbitral applique les règles de droit qu'il juge appropriées en tenant compte, le cas échéant, des usages du commerce international.

La mention des usages du commerce international appelle quelques explications. Tout d'abord, ils font partie des règles de droit. La CCJA a jugé qu'« *en se référant aux usages du commerce, le tribunal arbitral a statué en droit ainsi qu'il en avait l'obligation* »¹.

Ensuite, en précisant que c'est « le cas échéant » que le tribunal arbitral tient compte des usages du commerce international, le législateur laisse voir que ces usages ne s'imposent pas dans toutes les situations. En effet, même si dans un arbitrage interne le législateur donne aux parties la possibilité de choisir la loi applicable, comme si on était en droit international, on ne voit pas pourquoi l'arbitre serait obligé de tenir compte des usages du commerce international dans un tel arbitrage. De plus, le législateur continue d'entretenir l'ambiguïté sur le point de savoir si l'arbitrage fondé sur l'Acte uniforme est ouvert à la matière non contractuelle. Si on

1. CCJA, arrêt n° 029/2007 du 19 juill. 2007, Ohadata J-09-104.

admet que cet arbitrage est ouvert à la matière non contractuelle, il ne semble pas pertinent de soutenir qu'en cette matière le tribunal arbitral doit tenir compte des usages du commerce international.

Il faudrait souligner que, fait par les parties ou par le tribunal arbitral, le choix est celui des « règles de droit ». La formule permet d'accueillir le choix non seulement d'une loi étatique, mais aussi des règles anationales qu'on appelle aussi « *lex mercatoria* ».

2. Pouvoir d'amiable composition

Le pouvoir de statuer comme amiable compositeur doit être spécialement donné au tribunal arbitral par les parties. Ceci montre que l'attribution du pouvoir d'amiable compositeur se combine nécessairement avec le choix, par les parties, des règles applicables au fond du litige.

Le tribunal arbitral ne peut s'attribuer lui-même ce pouvoir.

La CCJA définit l'amiable composition « *de façon négative comme le pouvoir des arbitres de ne pas s'en tenir à l'application stricte des règles de droit, ce qui permet aussi bien de les ignorer que de s'en écarter en tant que le sentiment d'équité l'exige* »².

L'amiable compositeur ne peut ni écarter, ni adapter les règles d'ordre public international, ni modifier l'économie d'un contrat en substituant aux obligations contractuelles des obligations nouvelles ne répondant pas à la commune intention des parties³.

2. CCJA, arrêt n° 028/2007 du 19 juill. 2007, Ohadata J-09-104.

3. Paris, 19 avr. 1991, *Rev. arb.* 1991, p. 673, note É. LOQUIN.

Article 16

La procédure arbitrale s'achève par le prononcé d'une sentence définitive.

Elle prend également fin par une ordonnance de clôture.

Le tribunal arbitral prend une ordonnance de clôture lorsque :

- a) le demandeur retire sa demande, à moins que le défendeur ne s'y oppose et que le tribunal arbitral reconnaisse qu'il a légitimement intérêt à ce que le différend soit définitivement réglé ;
- b) les parties conviennent de clore la procédure ;
- c) le tribunal arbitral constate que la poursuite de la procédure est, pour toute autre raison, devenue superflue ou impossible ;
- d) lorsque le délai d'arbitrage initial ou prorogé a expiré ;
- e) il y a acquiescement à la demande, désistement ou transaction.

Ce texte est beaucoup plus complet et précis que celui qu'il remplace, aussi bien sur les cas d'achèvement de la procédure arbitrale que sur l'acte qui y met fin.

1. Achèvement de la procédure d'arbitrage

La nouvelle formulation distingue entre la fin « normale », par le prononcé de la sentence définitive, et la fin anticipée par les cinq autres circonstances que le législateur indique.

Il faudrait ici comprendre la sentence définitive comme celle qui vide entièrement le contentieux.

Dans les cas de cessation anticipée, le tribunal arbitral ne rend pas une sentence, mais une ordonnance de clôture.

2. Suite à donner au retrait de la demande d'arbitrage

Les parties pourraient ne pas s'entendre sur la suite à donner au retrait de la demande d'arbitrage. Le législateur prévoit certes que ce retrait entraîne une ordonnance de clôture, mais admet que le défendeur puisse s'y opposer s'il y a intérêt. Dans ce cas, le tribunal arbitral doit décider de rendre une ordonnance de clôture ou alors une sentence arbitrale qui, comme on le sait, a autorité de la chose jugée.

Rien n'empêche les parties, lorsqu'elles sont parvenues à un accord en cours d'instance, de préférer la sentence arbitrale d'accord parties à la transaction¹.

1. Voir art. 19 *infra*.

Article 17

Le tribunal arbitral fixe la date à laquelle l'affaire sera mise en délibéré. Après cette date, aucune demande ne peut être formée ni aucun moyen soulevé.

Aucune observation ne peut être présentée ni aucune pièce produite si ce n'est à la demande expresse et par écrit du tribunal arbitral.

1. Date de mise en délibéré de l'affaire

La date de mise en délibéré fixée par le tribunal arbitral doit être communiquée aux parties, parce qu'elle emporte de très graves conséquences. Si la procédure arbitrale a connu la rédaction d'un acte de mission (ou procès-verbal de la réunion de cadrage, ou encore procès-verbal constatant l'objet de l'arbitrage et fixant le déroulement de la procédure), il est probable qu'on y retrouve la date à laquelle l'affaire sera mise en délibéré. Si ce n'est pas le cas, le tribunal arbitral devra faire connaître cette date en temps utile.

2. Respect des principes essentiels de la procédure après la mise en délibéré

Le tribunal devra faire attention aux principes de traitement égal des parties et du contradictoire s'il autorise l'une d'entre elles à faire des observations ou à produire des pièces après la mise en délibéré de l'affaire. La cour d'appel du Centre (Cameroun) a très justement décidé que toute pièce produite en cours de délibéré doit au préalable être communiquée à l'adversaire aux fins d'éventuelles discussions ou observations et que le non-respect de cette règle est une violation à la fois du principe d'égal traitement des parties et du principe du contradictoire¹.

1. Arrêt n° 52/civ. 6 févr. 2008, Ohadata J-10-249.

Article 18

Les délibérations du tribunal arbitral sont secrètes.

Le secret du délibéré n'est qu'une des facettes de la confidentialité de la procédure arbitrale. On peut donc s'inquiéter un peu que le législateur ne rappelle pas ici ce principe qu'il énonce pourtant dans le système d'arbitrage de la CCJA¹. S'agissant spécifiquement des délibérations, le secret doit s'entendre comme l'interdiction à tout tiers d'y assister et, *a fortiori*, d'y participer. Dans les arbitrages institutionnels, cette interdiction s'applique à toutes les personnes associées à l'administration de la procédure arbitrale.

Le secret du délibéré interdit aux arbitres de révéler le contenu de leurs délibérations, sous peine d'engager leur responsabilité civile. Une chose est cependant acquise : sa violation ne peut entraîner l'annulation de la sentence².

Il a été jugé que la mention que la sentence a été rendue à l'unanimité n'est pas une violation du secret du délibéré³. Cela n'étonne pas puisque le législateur prévoit qu'un des arbitres peut refuser de signer la sentence arbitrale (article 21 *infra*). Ce refus peut se justifier par le fait qu'il ne supporte pas d'avoir été mis en minorité lors des délibérations⁴.

-
1. Voir C. C. TSAFACK DJOUMESSI, « La confidentialité dans la procédure arbitrale dans l'espace Ohada », *Penant* n° 894, p. 57.
 2. Paris, 9 oct. 2008, *Rev. arb.* 2009, p. 352, note J. B. BETTO et A. CANIVET.
 3. Bordeaux, 14 janv. 1993, *Rev. arb.* 1993, p. 682.
 4. Voir M. ADAMOU, « L'obligation de confidentialité de l'arbitre Ohada », in *Les horizons du droit Ohada, Mélanges en l'honneur du professeur Filiga Michel Sawadogo*, Les éditions du Centre de recherche et d'études en droit et institutions judiciaires en Afrique, Cotonou, 2018, p. 75.

Chapitre 4

La sentence arbitrale

Article 19

La sentence arbitrale est rendue selon la procédure et les formes convenues par les parties.

À défaut d'une telle convention, la sentence est rendue à la majorité des voix lorsque le tribunal est composé de trois arbitres.

Si les parties se mettent d'accord au cours de la procédure arbitrale, elles peuvent demander au tribunal arbitral que cet accord soit constaté en la forme d'une sentence rendue d'accord parties. Cette sentence a le même statut et produit les mêmes effets que toute autre sentence mettant fin au différend.

1. Mode de reddition de la sentence arbitrale

Les parties à l'arbitrage pourraient imposer aux arbitres la règle de l'unanimité pour la reddition de la sentence arbitrale. Si ce n'est pas le cas, la sentence est rendue à la majorité des voix des membres du tribunal arbitral, si l'unanimité n'est pas trouvée.

S'agissant spécifiquement de la forme, il faudrait lire cet article 19 en rapport avec les articles 20 et 21 qui le suivent. Les dispositions de ces articles ne sont pas supplétives, ce qui signifie que la sentence arbitrale doit être signée, motivée et contenir un certain nombre d'autres mentions.

2. Sentence arbitrale d'accord parties

La sentence arbitrale d'accord parties est une sentence qui ne résulte pas du délibéré arbitral ; elle est une simple mise en forme de l'accord des parties. Le but visé est de faciliter l'exécution de l'accord des parties, car le législateur confère à la sentence d'accord parties le même statut que la sentence arbitrale rendue sur délibération du tribunal arbitral¹. Mais le régime des voies de recours de la sentence arbitrale convient mal à la sentence arbitrale d'accord parties².

1. Voir à cet égard la loi type de la CNUDCI, article 30.2.

2. Voir J. M. TCHAKOUA, « Le statut de la sentence arbitrale d'accord parties : les limites d'un déguisement bien utile », *RDAl* 2002, n° 7, p. 775 et *Juridis Périodique* n° 51 (2003), p. 80.

En droit français, le législateur n'a rien prévu en ce qui concerne la sentence arbitrale d'accord parties. Et il a été jugé que la simple constatation dans le dispositif de la décision, de l'accord des parties, sans aucun motif dans le corps de celle-ci, ne peut s'analyser en un acte juridictionnel et ne constitue donc pas une sentence³.

3. Cass. 1^{re} civ., 14 nov. 2012, *Rev. arb.* 2013, p. 138, note J. BILLEMONT.

Article 20

Outre le dispositif, la sentence arbitrale doit contenir l'indication :

- des nom et prénoms du ou des arbitres qui l'ont rendue ;
- de sa date ;
- du siège du tribunal arbitral ;
- des nom, prénoms et dénomination des parties, ainsi que leur domicile ou siège social ;
- le cas échéant, des nom et prénoms des conseils ou de toute personne ayant représenté ou assisté les parties ;
- de l'exposé des prétentions respectives des parties, de leurs moyens ainsi que des étapes de la procédure.

La sentence arbitrale doit être motivée.

Si le tribunal arbitral a reçu des parties le pouvoir de statuer en amiable compositeur, mention en est faite.

1. Contenu de la sentence

Les mentions ci-dessus citées représentent le minimum qu'on doit retrouver dans une sentence arbitrale. La plupart d'entre elles permettent d'assurer le contrôle éventuel de la régularité de la sentence sans pouvoir, en elles-mêmes, justifier l'annulation lorsqu'elles font défaut. Seul constitue un motif d'annulation le défaut de motifs.

Il est d'usage que dans la sentence on retrouve des éléments relatifs aux frais d'arbitrage. Mais toutes les mentions à cet égard n'ont pas la même valeur juridique. Celles sur la répartition de la charge des frais font incontestablement partie de la sentence arbitrale et sont couvertes par l'autorité de la chose jugée. En revanche, celles sur les honoraires des arbitres ne font pas véritablement partie de la sentence arbitrale. La Cour de cassation française a affirmé qu'elles sont dénuées de toute valeur juridique, les arbitres n'ayant pas été parties à la procédure d'arbitrage¹. Cependant, dans l'hypothèse où les parties à l'arbitrage et les arbitres n'ont pas fixé antérieurement le montant des honoraires de ces derniers, la fixation dans la sentence arbitrale doit être considérée comme une taxation de service, laquelle peut être discutée devant le juge étatique.

1. Cass. 2^e civ., 28 oct. 1987, *Rev. arb.* 1988, p. 149, note Ch. JARROSSON.

2. Force probante des mentions

Le législateur ne dit pas quelle force probante s'attache aux mentions de la sentence arbitrale. Mais si l'on considère que l'arbitre exerce une mission juridictionnelle comparable à celle du juge étatique, il faudrait admettre que ses constatations font foi jusqu'à inscription de faux. C'est cette solution qui est en cohérence avec l'autorité de la chose jugée de la sentence arbitrale².

2. Voir Ph. THÉRY, note sous Cass. 2^e civ., 12 déc. 1990, *Rev. arb.* 1991, p. 317, spéc. n° 4, p. 320.

Article 21

La sentence arbitrale est signée par le ou les arbitres.

Toutefois, si une minorité d'entre eux refuse de la signer, il doit en être fait mention et la sentence a le même effet que si elle avait été signée par tous les arbitres.

La sentence arbitrale est l'œuvre des parties, peu importe que dans l'arbitrage institutionnel il soit d'usage que le projet de sentence soit remis au centre d'arbitrage, lequel peut y faire des observations, voire suggérer des modifications de forme. C'est par la signature que les arbitres attestent que la sentence est d'eux.

Tous les arbitres devraient signer la sentence arbitrale, même si celle-ci n'a pas été rendue à l'unanimité. Si néanmoins l'arbitre minoritaire ne signe pas, la sentence n'en est pas moins valable : *« elle a le même effet que si elle avait été signée par tous les arbitres »*.

La solution susmentionnée ne peut cependant s'appliquer sans nuance. En effet, si le refus de signature résulte du fait que l'arbitre « récalcitrant » a été mis en minorité, la sentence ne peut être valable que si les parties à l'arbitrage n'avaient pas imposé l'unanimité (voir article 19 *supra*).

Le refus de signer ne doit pas être confondu avec l'empêchement de signer (qui peut être temporaire), puisqu'il traduit le désaccord de l'arbitre concerné. Dans la pratique arbitrale, il est parfois un peu difficile de recueillir rapidement la signature de tous les arbitres, notamment lorsqu'on est pressé pour ne pas dépasser le délai d'arbitrage. Pour éviter les désagréments pouvant résulter de la signature de la sentence arbitrale par deux arbitres seulement au lieu de trois, du fait que tous ne se trouvent pas au même endroit au moment de la signature de la sentence arbitrale, il faudrait admettre la validité de tous les moyens qui ne laissent aucun doute sur l'imputabilité de la signature. Par ailleurs, le refus de signature d'un arbitre minoritaire n'affectant pas la validité d'une sentence arbitrale, celle-ci reste valable si l'absence d'une signature résulte d'un empêchement.

Article 22

La sentence dessaisit le tribunal arbitral du différend.

Le tribunal arbitral a néanmoins le pouvoir d'interpréter la sentence ou de rectifier les erreurs et omissions matérielles qui l'affectent.

Lorsqu'il a omis de statuer sur un chef de demande, il peut le faire par une sentence additionnelle.

Dans l'un ou l'autre cas susvisé, la requête doit être formulée dans le délai de trente (30) jours à compter de la notification de la sentence. Le tribunal dispose d'un délai de quarante-cinq (45) jours pour statuer.

Si le tribunal arbitral ne peut à nouveau être réuni, il appartient à la juridiction compétente dans l'État Partie de statuer.

La sentence arbitrale tranche le litige et le tribunal arbitral est dessaisi. C'est donc de façon exceptionnelle que le législateur envisage un retour devant le tribunal arbitral.

1. Interprétation de la sentence

Le retour devant le tribunal arbitral pour l'interprétation de la sentence ne pose aucun problème particulier, sauf à signaler deux choses. Tout d'abord, le délai prévu pour la saisine du tribunal conduit à ne pas attendre le moment de l'exécution forcée matérielle pour demander l'interprétation de la sentence. Il est en effet très probable que la recherche de l'exequatur prenne du temps. En conséquence, la requête en interprétation doit être formulée s'il y a le moindre doute sur le sens de la sentence. Ensuite, il ne faudrait pas que sous prétexte d'interprétation, le tribunal arbitral modifie le contenu de la décision rendue.

2. Rectification de la sentence

La demande de rectification d'erreur matérielle paraît également ne poser aucun problème ; encore faudrait-il s'entendre sur ce qu'est une erreur matérielle. On peut citer, de façon non exhaustive, des erreurs dans les calculs, la désignation des parties, les dates. Mais il ne faudrait pas que sous prétexte de réparer une erreur matérielle le tribunal arbitral substitue une nouvelle solution à celle qu'il avait prise.

3. Sentence additionnelle

La demande de sentence additionnelle pourra être formulée si le tribunal arbitral a statué *infra petita*. Normalement cela résultera d'un rapprochement entre les différentes demandes formulées par les parties et le dispositif de la sentence. Dans l'hypothèse où le tribunal a déclaré une demande irrecevable parce que formulée tardivement, il n'y aura pas lieu à sentence additionnelle quand bien même le dispositif de la sentence ne contiendrait aucune mention de cette irrecevabilité.

Le législateur ayant prévu la possibilité d'une sentence additionnelle, le recours en annulation de la sentence arbitrale ne peut pas se fonder sur la circonstance que le tribunal arbitral a omis de statuer sur une demande¹.

La solution prévue pour l'*infra petita* ne s'applique ni à l'*ultra petita* ni à l'*extra petita*.

4. Procédure à suivre

Le législateur n'indique pas la procédure à suivre pour interpréter, rectifier ou compléter la sentence arbitrale. Les parties pourraient y pourvoir, y compris par le détour d'un règlement d'arbitrage. Au cas où les parties ne l'auraient pas fait, le tribunal arbitral doit procéder comme il le juge approprié. Le plus juste serait qu'il entende ou appelle les parties. Dans le cas contraire, on pourrait lui reprocher la violation du principe du contradictoire.

Le tribunal arbitral statuant sur ces demandes sera souvent, dans sa composition, le même que celui ayant rendu la sentence qui lui est à nouveau soumise. Il n'y aurait cependant aucun problème à ce que les parties s'entendent pour reconstituer un tribunal arbitral différent, notamment au cas où celui qui a rendu la sentence ne peut plus être réuni. Il faudrait donc penser que la saisine du juge étatique envisagée par le législateur ne peut avoir lieu que si les parties ne s'entendent pas pour reconstituer un nouveau tribunal arbitral.

5. Juge étatique compétent pour statuer sur les demandes post sentences

Le choix du juge étatique compétent pour statuer sur les demandes post sentences est délicat. Au Cameroun, le juge désigné est le président du tribunal de première instance du lieu de l'arbitrage, ou le juge que ce dernier désigne à cet effet².

1. Angers, 28 sept. 1987, *Rev. arb.* 1988, p. 162.

2. Art. 2 de la loi camerounaise n° 2003/009 du 10 juill. 2003 désignant les juridictions compétentes visées à l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage et fixant le mode de leur saisine.

En Côte d'Ivoire, compétence a été donnée au président du tribunal du lieu du siège de l'arbitrage³. Au Sénégal, la juridiction compétente est le tribunal de grande instance dans le ressort duquel s'est déroulée la procédure d'arbitrage⁴.

6. Stipulations conventionnelles

Dans tous les cas d'exception à la règle du dessaisissement du tribunal arbitral, il n'est pas impossible que les parties à l'arbitrage, directement ou par le détour d'une loi de procédure ou d'un règlement d'arbitrage, choisissent des solutions différentes de celles prévues par le législateur. Les solutions choisies par les parties devront être respectées puisque rien n'indique que les dispositions de l'article 22 de l'Acte uniforme sont impératives.

3. Article 2 de l'ordonnance n° 2012-158 du 9 févr. 2012 déterminant l'intervention des juridictions nationales dans la procédure d'arbitrage.
4. Voir article 2 du décret n° 2016-1192 portant désignation de la juridiction nationale compétente en matière de coopération étatique dans le cadre de l'arbitrage pris en application de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage.

Article 23

La sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche.

1. Signification de l'autorité de la chose jugée

L'autorité de la chose jugée est un attribut des actes juridictionnels, et par conséquent de la sentence arbitrale. En précisant que dès qu'elle est rendue, la sentence arbitrale a autorité de la chose jugée, cet article permet de ne pas confondre cette notion avec celle d'irrévocabilité. La sentence a ainsi autorité de la chose jugée alors même qu'elle reste exposée aux recours.

L'autorité de la chose jugée s'attache à toutes les sentences, définitives ou intérimaires, qui tranchent une contestation. Elle s'attache donc aux sentences ordonnant des mesures provisoires ou conservatoires, encore que la durée de celles-ci soit limitée à l'instance arbitrale et que le tribunal arbitral puisse les modifier si les circonstances ayant conduit à les prendre changent.

Seules sont dépourvues de l'autorité de la chose jugée les ordonnances de procédure, mesures que le tribunal arbitral prend pour faire avancer la procédure, même si celui-ci y prend parfois position sur des divergences entre les parties.

2. Effets de l'autorité de la chose jugée

L'autorité de la chose jugée déploie ses effets d'abord entre les parties à l'arbitrage. Elle constitue ainsi le prolongement de la force obligatoire du contrat, et concerne tous ceux qui, par un mécanisme ou un autre, sont liés par la convention d'arbitrage. Positivement, elle leur permet de se prévaloir de la sentence, ce que rappellent parfois les règlements d'arbitrage lorsqu'ils disposent que la sentence arbitrale est obligatoire pour les parties. Négativement, elle leur interdit de soumettre à nouveau le différend tranché à une autre juridiction, arbitrale ou étatique.

En droit français, le principe de concentration des moyens posé par l'arrêt *Cesareo* de la Cour de cassation¹ et appliqué en droit de l'arbitrage dans l'arrêt *Société G. et A Distribution*² a fait évoluer le principe de l'autorité jugée, notamment en interdisant qu'un plaideur puisse agir en justice sur

1. Cass. Ass. plén., 7 juill. 2006, *D.* 2006, p. 2135, note L. WEILLER.

2. Cass. 1^{re} civ., 28 mai 2008, *Rev. arb.* 2008, p. 461, note L. WEILLER.

la base d'un moyen qu'il aurait pu soulever dans une précédente instance. Il n'est pas exclu qu'en droit Ohada, l'autorité de la chose jugée soit comprise comme elle l'est actuellement en droit français.

Les tiers ne sont pas soumis à l'autorité de la chose jugée de la sentence arbitrale. Ils ne peuvent cependant pas l'ignorer, puisqu'elle leur être opposable. Ainsi, la sentence condamnant l'assuré est opposable à l'assureur ; la sentence condamnant le débiteur principal est opposable à la caution³, et celle-ci peut s'en prévaloir.

3. Paris, 21 mai 1964, *D.* 1964, jurispr., p. 602.

Article 24

Le tribunal arbitral peut, si l'exécution provisoire de la sentence arbitrale a été sollicitée, l'accorder ou la refuser par décision motivée.

1. Effets de l'exécution provisoire

L'exécution provisoire ici prévue ne permet pas de procéder à l'exécution forcée de la sentence avant d'avoir obtenu l'exequatur. Son intérêt est donc simplement de permettre l'exécution même en cas de recours contre la sentence arbitrale (voir art. 28 *infra*).

Elle doit être demandée, ce qui signifie qu'elle ne peut être ordonnée d'office par le tribunal arbitral. Celui-ci peut naturellement n'accorder l'exécution provisoire que pour certains chefs du dispositif.

2. Conditions d'octroi de l'exécution provisoire

Le législateur n'indique pas les conditions d'octroi de l'exécution provisoire. Cela signifie que le tribunal arbitral en jugera, sans se sentir lié par les conditions fixées devant les juridictions étatiques.

Par ailleurs, rien ne pouvant justifier le caractère impératif de l'article 24, il n'est pas exclu que les parties puissent, conventionnellement, organiser l'octroi de l'exécution provisoire, directement dans la convention d'arbitrage¹ ou indirectement par le détour d'un règlement d'arbitrage².

Le contentieux naissant de l'exécution provisoire des sentences arbitrales se déroule devant le juge étatique compétent pour l'annulation (art. 28 *infra*).

1. En France, Cass. 2^e civ., 11 juill. 2002, *Bull. civ.* II, n° 161.

2. TGI de Paris, (JEX), 11 déc. 2002, *Rev. arb.* 2004, p. 94.

Chapitre 5

Recours contre la sentence arbitrale

Article 25

La sentence arbitrale n'est pas susceptible d'opposition, d'appel, ni de pourvoi en cassation.

Elle peut faire l'objet d'un recours en annulation qui doit être porté devant la juridiction compétente dans l'État Partie.

Toutefois, les parties peuvent convenir de renoncer au recours en annulation de la sentence arbitrale à la condition que celle-ci ne soit pas contraire à l'ordre public international.

La décision de la juridiction compétente dans l'État Partie sur le recours en annulation n'est susceptible que de pourvoi en cassation devant la Cour commune de justice et d'arbitrage.

La sentence arbitrale peut faire l'objet d'une tierce opposition par toute personne devant la juridiction de l'État Partie qui eût été compétente à défaut d'arbitrage et lorsque cette sentence préjudicie à ses droits.

Elle peut également faire l'objet d'un recours en révision devant le tribunal arbitral en raison de la découverte d'un fait de nature à exercer sur la solution du différend une influence décisive et qui, avant le prononcé de la sentence, était inconnu du tribunal arbitral et de la partie qui demande la révision. Lorsque le tribunal arbitral ne peut plus être réuni, le recours en révision est porté devant la juridiction compétente dans l'État Partie qui eût été compétente à défaut d'arbitrage.

Le législateur limite les voies de recours contre la sentence arbitrale. L'idée qu'une procédure puisse se dérouler à l'insu d'une partie n'est pas inconcevable ; mais très souvent, le demandeur fera tout pour que le défendeur soit informé, de sorte que la sentence soit au moins réputée contradictoire. Le législateur exclut en tout cas qu'elle puisse être rendue par défaut, ce qui justifie la fermeture de la voie de l'opposition.

La voie de l'appel est aussi fermée ; mais il faut comprendre qu'il s'agit de l'appel devant le juge étatique. Les parties peuvent donc, si elles le souhaitent, organiser une procédure d'arbitrage avec un double degré de juridictions arbitrales.

Le pourvoi en cassation est exclu contre la sentence arbitrale¹ ; toutefois, la décision du juge étatique statuant sur la demande d'annulation ou refusant l'exequatur peut faire l'objet de pourvoi devant la CCJA.

La cour d'appel du Centre (Cameroun) a jugé que la sentence arbitrale ne pouvant faire l'objet d'opposition, ni d'appel, ni de pourvoi en cassation, est irrecevable la requête aux fins de défenses à exécution sollicitées suite à l'appel formé contre ladite sentence². La cour d'appel de Pointe Noire (Congo) a, en revanche, admis la possibilité des défenses à exécution³.

Il est important d'interpréter ces décisions en intégrant le sens et le périmètre qui, dans les États, sont donnés aux concepts de « *défenses à exécution provisoire* » et de « *sursis à exécution provisoire* ». Le législateur Ohada, quant à lui, vise le « *contentieux de l'exécution provisoire* » (voir article 28 ci-dessous).

1. Recours en annulation

a. Principe du recours en annulation

La voie de recours originale contre la sentence arbitrale est le recours en annulation. Dans quelques États Parties de l'Ohada, comme le Cameroun, le Sénégal et la Côte d'Ivoire, le juge compétent pour le recours en annulation est la cour d'appel dans le ressort de laquelle se trouve le siège de l'arbitrage⁴.

b. Renonciation au recours en annulation

Par un arrêt dont la portée n'était pas très certaine, la CCJA avait jugé que les parties ne peuvent pas valablement renoncer au recours en annulation⁵. Cet arrêt est aujourd'hui dépassé : le législateur indique, très clairement, que les parties peuvent renoncer à ce recours, à condition que la sentence ne soit pas contraire à l'ordre public international.

Parce qu'il ne peut être possible de vérifier cette condition au moment de la renonciation, la solution prévue se ramènera à déclarer irrecevables toutes les demandes en annulation de la sentence arbitrale fondées sur les moyens autres que la contrariété à l'ordre public international⁶.

1. CCJA, arrêt n° 021/2015 du 9 avr. 2015.

2. CA du Centre, arrêt n° 83 du 15 mars 2013.

3. CA Pointe-Noire, arrêt n° 180 du 8 oct. 2004 Ohadata J-13-72.

4. Pour des applications jurisprudentielles, voir CA du Centre (Cameroun), arrêt n° 52/civ. du 6 févr. 2008, Ohadata J-10-249 ; pour la Côte d'Ivoire, CCJA, arrêt n° 010/2003 du 19 juin 2003, Ohadata J-04-108.

5. CCJA, arrêt n° 010/ n° 2003 du 19 juin 2003, Ohadata J-04-108.

6. Sur la renonciation à ce recours, voir A. M. EBÉLÉ DIKOR, « La renonciation au recours en annulation des sentences arbitrales en droit Ohada », *Penant* n° 894, p. 45 ; D. R. SOH FOGNO, « Le contentieux de l'annulation des sentences issues de l'arbitrage traditionnel dans l'espace Ohada », *Rev. cam. arb.* n° 23, p. 3.

Le contentieux va certainement porter sur la réalité et les modalités de la renonciation au recours en annulation. La jurisprudence que la CCJA a élaborée au sujet de la renonciation à la contestation de validité devant elle (aujourd'hui le recours en annulation), devra s'appliquer au recours en annulation. La haute juridiction a indiqué que la renonciation doit être expresse et non équivoque, ce qui n'est pas le cas lorsqu'on prétend la déduire des formules telles que : le tribunal arbitral statuera « *définitivement* »⁷ ; la sentence arbitrale aura un « *caractère définitif* »⁸ ; la sentence arbitrale sera « *définitive et opposable aux parties* »⁹, la sentence sera rendue « *en dernier ressort* »¹⁰.

Le législateur n'indique ni à quel moment ni sur quel support la renonciation doit se faire. Il faudrait admettre que si celle-ci est certaine, peu importera son moment ou son cadre d'expression. On pourrait donc la retrouver dans la convention d'arbitrage, dans l'acte de mission signé par les parties ou dans tout autre document.

2. Tierce opposition

La tierce opposition est possible, mais doit être portée devant le juge étatique compétent. Il est heureux que le législateur soit revenu sur la solution qui donnait compétence au tribunal arbitral pour connaître de la tierce opposition. Une telle solution obligeait le tiers opposant à participer à une procédure arbitrale qui lui est étrangère, sans qu'on sache quelles conséquences en découlent s'agissant notamment des frais d'arbitrage, des arrangements entre les premières parties. Il est évident que devant le juge étatique, le contentieux n'est plus arbitral.

Donner compétence au juge étatique est gênant lorsque, sans avoir été partie à la procédure arbitrale qui a conduit à la sentence attaquée, le tiers opposant est lié par la clause compromissoire sur le fondement de laquelle ladite procédure a été menée. On conçoit cependant difficilement la constitution d'un nouveau tribunal arbitral pour statuer sur la tierce opposition. C'est pourquoi donner compétence au juge étatique apparaît comme le moindre mal.

7. CCJA Ass. plén., arrêt n° 028/2007 du 19 juill. 2007, *Nestlé Sahel c/Scimas*, *Recueil de jurisprudence* n° 10, p. 62.
8. CCJA Ass. plén., arrêt n° 011/2011 du 29 nov. 2011, *État du Mali c/ABS International*, *Recueil de jurisprudence de la CCJA* n° 17 p. 40, Ohadata J-13-147.
9. CCJA Ass. plén. arrêt n° 033/2015 du 23 avr. 2015, *État du Mali c/Société Groupe Tomota SA*, Ohadata J-16-33.
10. CCJA, arrêt n° 102/2015 du 15 oct. 2015, *Léopold Ekwa Ngalle, Hélène Njanjo Ngalle et autres c/SNH et personnel SNH*.

La décision qui fait droit à la tierce opposition ne devrait rétracter ou réformer la sentence attaquée que sur les chefs de motifs ou du dispositif préjudiciables à l'opposant. C'est pourquoi malgré la tierce opposition, la sentence devrait conserver ses effets entre les parties, même sur les chefs de motifs ou de dispositifs annulés. L'action du tiers opposant est en réalité une action en inopposabilité. On comprend que le tiers à qui la sentence arbitrale est opposable, notamment en raison de ses rapports avec les parties à l'arbitrage, ne puisse pas faire avec succès une tierce opposition¹¹.

3. Recours en révision

Le recours en révision est également prévu et est porté devant le tribunal arbitral. Lorsque celui-ci ne peut plus être réuni, le recours est porté devant le juge étatique qui eût été compétent à défaut d'arbitrage. Cet aménagement est nouveau, puisque le texte remplacé ne le prévoyait pas. Il faudrait sans doute penser qu'il n'y aurait aucun problème à ce que les parties s'entendent pour reconstituer un tribunal arbitral différent de celui qui avait rendu la sentence soumise à la révision.

Dans toutes ces situations où compétence est donnée au juge étatique qui eût été compétent à défaut d'arbitrage, l'intervention des législateurs nationaux n'est pas nécessaire pour permettre l'application de la solution prévue. Sont donc suffisantes les règles d'organisation judiciaire dans leur teneur au jour où se pose le problème.

11. Voir opposabilité de la sentence arbitrale aux tiers, sous article 23.

Article 26

Le recours en annulation n'est recevable que :

- si le tribunal arbitral a statué sans convention d'arbitrage ou sur une convention nulle ou expirée ;
- si le tribunal arbitral a été irrégulièrement composé ou l'arbitre unique irrégulièrement désigné ;
- si le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui a été confiée ;
- si le principe du contradictoire n'a pas été respecté ;
- si la sentence arbitrale est contraire à l'ordre public international ;
- si la sentence arbitrale est dépourvue de toute motivation.

1. Philosophie du recours en annulation

Cet article doit être lu en rapport avec l'article 14 alinéas 4 et 9, car une partie peut ne plus pouvoir utilement invoquer une cause d'annulation de la sentence arbitrale en raison d'une attitude qu'elle a eue pendant la procédure arbitrale. Ainsi, la partie qui a engagé la procédure d'arbitrage ne peut demander l'annulation de la sentence arbitrale pour inexistence ou nullité de la convention d'arbitrage¹ ; la partie qui, en connaissance de cause, n'a pas récusé un arbitre pendant la procédure arbitrale ne peut, lorsque la sentence est rendue, en obtenir l'annulation pour irrégularité dans la constitution du tribunal arbitral². Plus largement, la Cour de cassation française a jugé que tout grief invoqué pour faire annuler une sentence arbitrale doit, pour être recevable, avoir été soulevé, chaque fois que cela était possible, devant le tribunal arbitral lui-même³.

Les motifs d'annulation de la sentence arbitrale sont limitativement cités⁴, ce qui montre que le recours en annulation est plus proche du pourvoi en cassation que de l'appel. Mais on n'y trouve pas de motif de nature à autoriser à critiquer le tribunal arbitral sur l'application ou l'interprétation de la loi, quand bien même l'arbitrage serait en droit. Ainsi, même la contrariété

-
1. CCJA, arrêt n° 060/2017 du 30 mars 2017, *SOCOMAR SA c/Société Express Transport Khalifa dite Exta Khalifa Sarl*, biblio.ohada.org/pmb/opac_css/doc_num.php?explnum_id=2203
 2. Cass. 2^e civ., 25 mars 1999, *RTD com.* 1999, p. 373, obs. É. LOQUIN ; *Rev. arb.* 1999, p. 319.
 3. Cass. 1^{re} civ., 31 janv. 2006, *Bull. civ.* 2006, I, n° 37.
 4. CCJA, arrêt n° 069/2015 du 29 avr. 2015, Ohadata J-16-71.

des motifs ne pourrait être invoquée pour obtenir l'annulation de la sentence arbitrale⁵. Le recours en annulation ne permet pas, non plus, de reprocher au tribunal arbitral la dénaturation des conventions et documents soumis aux arbitres⁶.

Les motifs d'annulation prévus par le législateur ne paraissent pas séparés de façon absolument étanche. On a ainsi vu un plaideur obtenir l'annulation d'une sentence arbitrale au motif que les arbitres ne s'étaient pas conformés à leur mission lorsqu'il paraissait plus judicieux de se situer sur le terrain de l'expiration du délai d'arbitrage⁷. Il y a là, sans doute, un alignement inconscient sur le droit français où, depuis la réforme de 2011, l'expiration de la convention d'arbitrage a disparu de la liste des motifs d'annulation, faisant qu'une telle critique passe désormais dans la rubrique de la non-conformation du tribunal arbitral à sa mission⁸. De façon générale, le défaut de conformation à leur mission des arbitres est utilisé par les plaideurs comme un moyen fourre-tout. La CCJA s'efforce cependant de combattre cette tendance, traçant pour chaque motif un domaine exclusif.

Rien n'interdit au juge de soulever d'office un vice si des éléments de fait du recours font apparaître l'existence de ce vice. Mais le juge n'a pas l'obligation de rechercher les cas d'ouverture applicable, sauf sans doute si le vice en cause est la contrariété à l'ordre public international⁹.

Le juge de l'annulation peut naturellement requalifier un moyen maladroitement invoqué par le demandeur¹⁰. Il peut aussi procéder à une substitution de moyen. C'est ce qu'a fait la CCJA qui a examiné la demande d'annulation d'une sentence arbitrale du système d'arbitrage de la Cour, sur le fondement de l'article 30.6.2 du règlement d'arbitrage de la CCJA alors que le moyen du recours visait l'article 26.3 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage¹¹.

5. Cass. 1^{re} civ., 11 mai 1999, *Rev. arb.* 1999, p. 811.

6. Cass. 2^e civ., 17 nov. 1976, *Rev. arb.* 1977, p. 281, 1^{re} espèce.

7. CA du Centre (Cameroun), arrêt n° 52/civ. du 6 févr. 2008, Ohadata J-10-249.

8. Paris, 25 oct. 2013, *D.* 2013, *Pan* 2944.

9. En France, voir Cass. 2^e civ., 7 déc. 1988, *Rev. arb.* 1989, p. 110 ; voir cependant Cass. 2^e civ., 14 déc. 1992, *Rev. arb.* 1995, p. 441.

10. En France, voir Paris, 15 juin 1989, *Rev. arb.* 1992, p. 80, note J.-J. ARNALDEZ ; Paris, 30 mai 1995, *Rev. arb.* 1996, p. 534.

11. CCJA, arrêt n° 141/2016 du 14 juill. 2016, *État du Niger c/Société Africard Co. Ltd*, biblio.ohada.org/pmb/opac_css/doc_num.php?explnum_id=3047

Sur le recours en annulation, voir F. ANOUKAHA, « Le recours en annulation contre la sentence arbitrale rendue dans l'espace Ohada à la lumière de la jurisprudence récente », in *Les horizons du droit Ohada, Mélanges en l'honneur du professeur Filiga Michel Sawadogo*, Les éditions du Centre de recherche et d'études en droit et institutions judiciaires en Afrique, Cotonou, 2018, p. 547.

2. Les motifs du recours en annulation

a. Le tribunal arbitral a statué sans convention d'arbitrage ou sur une convention nulle ou expirée

Sous cette formule un peu ambiguë, on loge toutes les critiques qui tendent à dire que le tribunal arbitral n'aurait pas dû statuer faute de pouvoir de juger. Le dernier bout de la formule renvoie, non pas nécessairement à l'expiration de la convention d'arbitrage, qui est souvent hors de propos, mais aussi et surtout à l'hypothèse de l'expiration du délai d'arbitrage, laquelle fait disparaître le pouvoir de juger du tribunal arbitral.

Une des difficultés à cet égard est de déterminer la date de reddition de la sentence. Si l'on retient la date de la notification de la sentence, en se disant que pour les parties celle-ci n'existe pas tant qu'elles n'en ont pas été notifiées, on court le risque d'annuler des sentences simplement en raison du retard dans la notification.

Dans l'arbitrage institutionnel, ce retard est parfois imputable au centre d'arbitrage non aux arbitres. Il semble par conséquent approprié de considérer la date de signature de la sentence arbitrale comme date de sa reddition, laquelle devrait être celle portée sur la sentence par le ou les arbitres. Le risque de cette option est que la sentence soit antidatée par le ou les arbitres, d'autant plus que l'indication de la date sur la sentence a la force d'un acte authentique¹². La partie qui demande la nullité de la sentence et doit, pour cela, contester la véracité de la mention de la date de celle-ci peut toujours engager la procédure d'inscription en faux. Dans un arrêt du 16 février 1972, la Cour de cassation française a admis l'inscription en faux contre une sentence contenant l'affirmation inexacte de l'accord des parties pour la prorogation du délai d'arbitrage¹³.

Un certain nombre de règlements d'arbitrage impartissent au tribunal arbitral un délai de reddition de la sentence arbitrale, courant à compter de la clôture des débats. La solution vise, avant tout, à permettre que les arbitres soient diligents, ce qui n'empêche que les parties puissent s'en saisir. Ces règlements prévoient que le délai imparti peut être prorogé par le centre d'arbitrage. Dans le système d'arbitrage de la CCJA, l'annulation d'une sentence arbitrale a été demandée sur le fondement du dépassement de ce délai, le demandeur expliquant que les parties n'ont pas été informées d'une prorogation de délai. La Cour a rejeté la prétention en relevant que

12. En France, Aix-en-Provence, 16 oct. 1962, *Rev. arb.* p. 144.

13. Cass. 2^e civ., 16 févr. 1972, *Rev. arb.* 1972, p. 125, note J. RUBELLIN-DEVICHI.

le défaut de notification de la prorogation aux parties n'est pas une cause de nullité de la sentence¹⁴.

Dans une espèce où une partie avait, devant le tribunal arbitral, invoqué la nullité de la convention d'arbitrage, la cour d'appel de Dakar a jugé que ce dernier avait souverainement déduit du comportement de cette partie, qui avait désigné un arbitre, participé à la conférence préparatoire, déposé les conclusions et demandé l'extension de ladite convention à d'autres personnes qui n'y étaient pas parties, qu'elle avait manifesté la volonté d'accepter la procédure d'arbitrage, ce qui justifie le rejet de sa demande d'annulation de la sentence¹⁵. Le pourvoi fait contre cet arrêt a été rejeté¹⁶.

La critique tirée de l'inexistence de la convention d'arbitrage se décline souvent en contestation du champ d'application personnel ou matériel de celle-ci : le demandeur soutient alors que la convention ne le lie pas ou ne couvre pas le contentieux pour lequel elle a été invoquée. De délicats problèmes d'interprétation de la convention d'arbitrage peuvent alors se poser. La ligne à suivre est d'interpréter de façon utile les conventions d'arbitrage. Il s'agit d'éviter, en cas de doute, de faire prévaloir la volonté déclarée sur la volonté réelle¹⁷.

Cela montre que le principe, parfois avancé, d'interprétation stricte de la clause d'arbitrage est en réalité largement écarté, car il pourrait encourager une partie de mauvaise foi à se saisir d'une maladresse rédactionnelle pour échapper à l'arbitrage. La cour d'appel de Paris a affirmé que « *La convention d'arbitrage soustrait d'une manière générale le litige à la compétence des tribunaux judiciaires pour tout ce qui est en relation causale ou connexe avec son objet ; lorsque la clause se réfère à l'exécution du contrat, elle est applicable au litige mettant en cause la caducité du contrat* »¹⁸. Lorsque la clause vise les différends relatifs à l'interprétation et à l'exécution du contrat, elle permet à l'arbitre de statuer sur le différend portant sur la validité de celui-ci¹⁹. La doctrine approuve ces solutions. En effet, après les avoir exposées, Ch. Seraglini et

14. CCJA, arrêt n° 027/2017 du 2 mars 2017, *État du Mali et SOTELMA c/SQIM SA* biblio.ohada.org/pmb/opac_css/doc_num.php?explnum_id=2103

15. CA de Dakar, arrêt n° 485 du 3 juin 2008.

16. CCJA, arrêt n° 069/2015 du 29 avr. 2015, Ohadata J-16-71 ; voir aussi CA Abidjan, arrêt n° 1060 du 25 juill. 2003 : rejet de la demande d'annulation de la partie qui, en dépit du déclinatoire de compétence, a demandé que l'arbitre liquide les astreintes. Dans tous ces cas, il ne semble pas inutile de voir comment les différentes prétentions sont présentées, car on peut souhaiter qu'une prétention soit examinée si l'autre est rejetée.

17. Voir en France, et parmi de très nombreuses décisions de justice, Com. 13 mars 1978, *Rev. arb.* 1979, p. 339, note Ph. FOUCHARD ; Cass. 1^{re} civ., 15 janv. 2004, *Rev. arb.* 2004, p. 446.

18. Paris, 10 mars 1995, *Rev. arb.* 1996, p. 143, obs. Y. DERAÏNS.

19. Paris, 17 janv. 2002, *Rev. arb.* 2002, p. 202 ; confirmé par Cass. 2^e civ., 15 janv. 2004, *Rev. arb.* 2004, p. 446.

J. Ortheidt ajoutent « *Ces solutions doivent être approuvées. On doit considérer qu'à défaut de dispositions contractuelles claires, le pouvoir donné par les parties au tribunal arbitral d'ordonner l'exécution du contrat implique le pouvoir d'examiner au préalable, le cas échéant, sa validité, dès lors que la force obligatoire d'un contrat est conditionnée par sa validité* »²⁰.

L'absence de preuve du consentement peut permettre de situer la critique sur le terrain de l'inexistence de la convention d'arbitrage²¹.

La jurisprudence se montre très audacieuse dans l'appréciation de l'existence du consentement à l'arbitrage. Elle retient que la convention d'arbitrage existe dès lors que celui qui la conteste a préalablement décliné la compétence du juge étatique. Dans une affaire, *CMDT et GSCVM c/IAD*, la Cour commune de justice d'arbitrage a jugé que les deux premières, qui avait décliné la compétence du juge étatique saisi par IAD avaient fait une offre d'arbitrage qui avait été acceptée par IAD, ce qui a justifié le rejet de la demande d'annulation de la sentence arbitrale pour inexistence de la convention d'arbitrage²². Dans une espèce où la clause d'arbitrage était contenue dans une garantie autonome, la CCJA a jugé que celle-ci étant un contrat unilatéral qui produit ses effets à l'égard de la personne envers laquelle l'autre partie s'est engagée (le bénéficiaire), du seul fait de l'acceptation de celle-ci, l'acceptation tacite qui était prévue par le garant comme mode d'acceptation résultait du fait, pour le bénéficiaire, de se prévaloir du contrat conclu en sa faveur²³.

b. Le tribunal arbitral a été irrégulièrement composé ou l'arbitre unique irrégulièrement désigné

L'irrégularité dans la constitution du tribunal arbitral recouvre deux aspects : l'arbitre désigné peut n'avoir pas rempli les conditions d'indépendance ou d'impartialité, voire les conditions d'exercice des droits civils ; le processus de constitution peut avoir été vicié, la règle de l'égalité entre les parties ayant par exemple été violée²⁴. Le processus de constitution du tribunal arbitral doit cependant être plus largement considéré, la sentence pouvant être annulée toutes les fois que les arbitres ayant siégé ne sont pas ceux qui l'auraient fait si les choses s'étaient déroulées conformément à la convention des parties. La CCJA a ainsi pu décider que le tribunal

20. Ch. SERAGLINI et J. ORTCHEIDT *op. cit.* p. 207, n° 185.

21. CCJA, arrêt n° 039/2014 du 17 avr. 2014, biblio.ohada.org/pmb/opac_css/doc_num.php?explnum_id=3424

22. CCJA, arrêt n° 160/2016 du 1^{er} déc. 2016, *CMDT et GSCVM c/IAD*, biblio.ohada.org/pmb/opac_css/doc_num.php?explnum_id=3063

23. CCJA, arrêt n° 129/2016 du 7 juill. 2016, *United Bank of Africa (UBA) c/la Société Grassfield Holding Ltd*, biblio.ohada.org/pmb/opac_css/doc_num.php?explnum_id=3037

24. CCJA, arrêt n° 044/2008 du 17 juill. 2008, Ohadata J-10-15.

arbitral est irrégulièrement constitué lorsqu'il l'est par un centre permanent d'arbitrage autre que celui qui était prévu par la convention des parties. En l'espèce, la sentence avait été rendue dans le cadre d'un arbitrage sous les auspices du Centre d'arbitrage du Groupement inter-patronal du Cameroun (GICAM) alors que les parties avaient convenu que le différend serait tranché suivant le règlement de conciliation et d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale de Paris²⁵.

Il est bien difficile, pour le juge de l'annulation, de statuer sur les allégations de défaut d'indépendance ou d'impartialité. Les faits allégués doivent être de ceux qui montrent bien que l'arbitre concerné n'a pas pu statuer avec l'objectivité attendue d'un juge, par exemple parce que des liens de dépendance ou d'intérêts existent entre lui et l'une des parties ou son conseil. Des liens trop anciens peuvent ne pas être considérés comme constitutifs de la dépendance ou du rapport d'intérêt. Des liens scientifiques ne seront pas non plus, en principe, retenus comme caractérisant l'absence d'indépendance. En France, il a été jugé que la participation d'un arbitre à une conférence avec une personne supposée hostile à une partie n'entre pas dans ce qui doit être révélé²⁶ ; il en est ainsi de la participation à un dîner dans le cadre d'un club à vocation scientifique, même la veille de l'audience²⁷. Ces décisions rendues en matière d'obligation de révélation intéressent l'annulation pour irrégularité dans la constitution du tribunal arbitral, car l'obligation visée est une exigence préventive de la composition irrégulière du tribunal arbitral par défaut d'indépendance d'un arbitre.

Dans un contexte africain où la participation à des événements familiaux qui concernent les personnes qu'on connaît n'est pas toujours le signe d'une véritable proximité, le juge doit être particulièrement attentif à ne pas annuler des sentences arbitrales trop facilement pour défaut d'indépendance d'un arbitre²⁸.

c. Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui a été confiée

Le tribunal arbitral reçoit des parties la mission de juger et doit l'exercer conformément à la volonté de celles-ci. Les arbitres doivent par conséquent lire attentivement tous les documents susceptibles de leur permettre de saisir les termes de leur mission : convention d'arbitrage, contrat d'arbitre, acte de mission, conclusions des parties. Cette précaution leur permettrait

25. CCJA, arrêt n° 006/2014 du 4 févr. 2014.

26. Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 2012, *Bull. civ.* 2012, I, n° 149 ; *D.* 2012, n° 36, note LE BARS, *Ohadata* D-13-51.

27. Paris, 14 oct. 2014, *D.* 2014, *Pan* 2547 et 2551 obs. Th. CLAY.

28. Lire aussi le commentaire sous l'article 7, au point « Indépendance et impartialité ».

d'éviter, par exemple, de rendre une sentence arbitrale en langue française alors que les parties ont choisi l'anglais comme langue d'arbitrage ; d'appliquer au fond ou à la procédure une loi différente de celle choisie par les parties ; d'accorder au demandeur plus que ce qu'il a demandé ; de prononcer une sanction non sollicitée, etc.

On ne saurait cependant englober, sous le motif tiré du non-respect de la mission du tribunal arbitral, tous les griefs. La CCJA a jugé qu'il est nécessaire, pour que le moyen d'annulation tiré du non-respect de la mission du tribunal arbitral prospère, que le demandeur explique en quoi les arbitres ont failli à leur mission²⁹. Elle a aussi jugé que la modification du calendrier provisionnel n'est pas constitutive du non-respect de la mission du tribunal dès lors qu'étant provisionnel ou indicatif, celui-ci était susceptible d'être modifié³⁰. Elle a enfin refusé de considérer comme constituant le non-respect de sa mission le fait, par le tribunal arbitral, de retenir la responsabilité délictuelle de l'une des parties alors que le procès-verbal de la réunion constatant l'objet du litige et fixant la procédure arbitrale mentionnait qu'il devait statuer sur la responsabilité contractuelle. La Cour a profité de ce recours pour souligner, opportunément, une règle essentielle applicable en l'espèce, mais qui concerne l'ensemble des moyens d'annulation de la sentence arbitrale : le demandeur ne saurait, sous le couvert d'un moyen d'annulation, amener le juge à réviser au fond la sentence³¹.

La CCJA a jugé que le fait, pour les arbitres du système d'arbitrage de la Cour, de convenir avec les parties, pendant la procédure arbitrale, d'un montant d'honoraires supérieur à celui fixé par la Cour conformément à son barème des frais d'arbitrage, est une cause d'annulation de la sentence arbitrale, sur le fondement de la non-conformation de ces arbitres à leur mission³². Cet arrêt, qui aurait pu être rendu dans le cadre de tout arbitrage institutionnel dans l'espace Ohada, peut étonner, car bien que très critiquable, l'initiative des arbitres n'affectait vraiment pas la sentence arbitrale, ni dans la procédure de son élaboration, ni dans son fond.

L'exercice des pouvoirs d'amiable compositeur est devenu le terrain privilégié de la critique de la non-conformation du tribunal arbitral à sa mission. Il faudrait ici reprendre une partie des commentaires faits sous l'article 15 ci-dessus. En effet, La CCJA définit l'amiable composition « *de façon négative*

29. CCJA, arrêt n° 010/2003 du 19 juin 2003, Ohadata J-04-108.

30. CCJA, Ass. plén. arrêt n° 045/2008 du 17 juill. 2008, *Rev. arb.* 2010, p. 595, Ohadata, J-09-83.

31. CCJA, arrêt n° 011/2011 du 29 nov. 2011, Ohadata J-13-147 ; voir aussi CCJA, arrêt n° 037/2017 du 9 mars 2017, *Kouassi Yao Alexandre c/Société ARMAJARO Côte d'Ivoire* : biblio.ohada.org/pmb/opac_css/doc_num.php?explnum_id=2190 : « *la mauvaise application d'un texte de loi par l'arbitre ne peut, par elle seule, constituer une violation de sa mission par l'arbitre, au sens des dispositions de l'article 26 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage* ».

32. CCJA arrêt n° 139/2015 du 19 nov. 2015, Ohadata J-16-132.

comme le pouvoir des arbitres de ne pas s'en tenir à l'application stricte des règles de droit, ce qui permet aussi bien de les ignorer que de s'en écarter en tant que le sentiment d'équité l'exige»³³. Et lorsque la clause prévoyant l'amiable composition indique que les arbitres « *auront le pouvoir de statuer comme amiables compositeurs* » la Cour juge qu'une telle clause n'oblige par les arbitres à statuer uniquement en amiables compositeurs³⁴. Il y a dans ces décisions la même idée : l'amiable composition est la faculté de ne pas s'en tenir au droit strict si, en l'espèce, celui-ci conduit à une solution qui n'est pas juste et équitable. À partir de là, on peut affirmer que l'essentiel est dans le raisonnement qui conduit à la solution retenue. Les parties doivent avoir le sentiment que le tribunal arbitral a exercé sa mission conformément à leurs attentes. Ainsi, si le droit strict lui paraît conduire à une solution juste et équitable, le tribunal arbitral doit le faire savoir dans la sentence qu'il élabore, faute de quoi son attitude est critiquable. La Cour de cassation française a ainsi jugé que « *le tribunal arbitral, auquel les parties ont conféré la mission de statuer comme amiable compositeur, doit faire ressortir dans sa sentence qu'il a pris en compte l'équité* »³⁵. Mais il ne semble pas que pour cela le tribunal arbitral soit obligé de viser expressément l'équité. La sentence peut en effet, par son contenu, témoigner de ce que le tribunal arbitral a recherché une solution conforme à cette valeur³⁶.

Le tribunal arbitral qui n'a pas reçu les pouvoirs d'amiable compositeur ne devrait pas être vu comme s'étant écarté de sa mission du simple fait qu'il a maladroitement visé l'équité, si le contenu de la sentence ne montre pas qu'il s'est écarté du droit strict³⁷. De même, les formules « *opérateur raisonnable* », « *interprétation raisonnable, attentive à l'économie générale du traité* » n'expriment pas l'exercice d'un pouvoir d'amiable compositeur, mais le recours aux méthodes d'interprétation préconisées par la clause compromissoire et l'acte de mission³⁸.

En revanche, s'il est clair que le tribunal arbitral a statué en équité alors qu'il n'a pas reçu des parties un tel pouvoir, la sentence rendue doit être annulée pour non-respect de sa mission³⁹.

33. CCJA, arrêt n° 028/2007 du 19 juill. 2007, Ohadata J-09-104.

34. CCJA, arrêt n° 010/2003 du 19 juin 2003, Ohadata J-04-108.

35. Cass. 1^{re} civ., 1^{er} févr. 2002, *Rev. arb.* 2002, p. 91 ; voir aussi Paris, 15 janv. 2004, *Rev. arb.* 2004, p. 907 (2^e espèce).

36. Cass. 1^{re} civ., 8 juill. 2004, *JCP G* 2004, I, 179, n° 4 ; 1^{er} févr. 2012, *Rev. arb.* 2012, p. 91 (2^e espèce).

37. Voir en France, Paris, 23 oct. 2012, *Rev. arb.* 2013, p. 170.

38. Paris, 27 mai 2014, *Gaz. Pal.* 21-22 nov. 2014, p. 21.

39. CCJA, arrêt n° 028/2007 du 19 juill. 2007 Ohadata J-09-104, *Penant* 2009, n° 867, p. 226.

Lorsque l'arbitre a statué *ultra petita*, l'annulation de la sentence peut être partielle⁴⁰.

La sentence par laquelle le tribunal arbitral se déclare à tort incompétent peut être annulée sur le fondement du non-respect de la mission à lui confier⁴¹.

d. Le principe du contradictoire n'a pas été respecté

Il est logique que la violation du principe du contradictoire soit retenue comme moyen d'annulation de la sentence arbitrale. Ce principe est en effet essentiel à la procédure et assure le respect de celui de l'égalité des parties, exigence cardinale de la justice arbitrale. Le tribunal arbitral doit en effet permettre à chaque partie de faire valoir ses prétentions, de connaître et discuter celles de son adversaire. La cour d'appel de l'Ouest (Cameroun) a ainsi annulé une sentence arbitrale en affirmant que « *C'est en vain que l'on recherche dans le dossier la preuve que l'arbitre unique a donné aux recourants la possibilité de faire valoir leurs arguments et de connaître les arguments de leur adversaire pour les discuter au cours d'une procédure conduite en toute équité* »⁴².

Le contradictoire doit être observé à tous les stades de la procédure, y compris après le mise en délibéré lorsqu'une pièce a été introduite dans le dossier. La cour d'appel du Centre (Cameroun) a pertinemment jugé que le fait d'admettre en délibéré la production de pièces non communiquées à l'autre partie est une violation du principe du contradictoire⁴³.

Le principe du contradictoire oblige le tribunal arbitral, lorsqu'il a relevé un moyen d'office, à le soumettre à la discussion des parties. Mais lorsqu'il applique une solution présumée ou une règle qui s'impose de plein droit, il n'a pas l'obligation de l'avoir fait discuter par les parties.

La cour d'appel de Paris a ainsi jugé que le principe du contradictoire n'est pas violé si le tribunal arbitral a, sans que les parties ne l'aient discuté, retenu la solidarité en matière contractuelle et retenu le taux légal, au lieu du taux conventionnel débattu, car la solidarité se présume en matière commerciale et le taux légal s'applique de plein droit si la loi française est applicable⁴⁴.

40. Paris, 1^{er} déc. 2011, n° 10/19655.

41. En France, Cass. 1^{re} civ., 6 janv. 1987, *Rev. arb.* 1987, p. 469 ; dans ce pays, une telle annulation serait demandée aujourd'hui non pas sur ce fondement, mais en soutenant que le tribunal arbitral s'est déclaré à tort incompétent.

42. Arrêt n° 78/ civ. du 8 juill. 2015, commentaire E. G. VOUKENG et H. H. AWOUNANG KALA, *Ohadata* D-17-10.

43. Arrêt n° 52/civ. 6 févr. 2008, *Ohadata* J-10-249.

44. Paris, 18 févr. 2014, *D.* 2014, *Pan* 2552.

La cour d'appel du Centre (Cameroun) a statué sur une demande d'annulation qui illustre les faux calculs parfois faits par certains justiciables. La sentence est rendue par un tribunal arbitral composé de trois arbitres : le premier a été choisi par le créancier qui, en notifiant au débiteur la demande d'arbitrage, l'a informé de son choix et lui a demandé de désigner son arbitre. Suite à la carence du débiteur de désigner son arbitre, la désignation a été effectuée par le juge. Les deux premiers arbitres ont désigné le troisième et notifié au débiteur la composition du tribunal arbitral en l'invitant à prendre part à la réunion préparatoire, en lui notifiant les dates de réunion et de renvois et il ne s'est jamais présenté ou fait représenter. Sa demande d'annulation pour violation du principe du contradictoire ne pouvait qu'être rejetée⁴⁵.

La sentence arbitrale devant être rédigée et motivée, le tribunal arbitral devrait faire apparaître qu'il a respecté le principe du contradictoire. Mais des défaillances dans la rédaction de la sentence ne devraient pas conduire à conclure que ce principe n'a pas été respecté. C'est pourquoi il appartient à celui qui invoque la violation du principe du contradictoire de prouver que celui-ci n'a pas été respecté⁴⁶.

e. La sentence arbitrale est contraire à l'ordre public international

Il faudrait remarquer que la formulation de ce moyen d'annulation de la sentence arbitrale est différente de l'ancienne sur deux points. Tout d'abord, l'ancien texte visait la violation d'une règle d'ordre public international par le tribunal arbitral. Cela permettait d'englober non seulement l'ordre public de fond, mais aussi l'ordre public procédural, alors déjà que la violation du principe du contradictoire est un grief autonome : il y avait manifestement une certaine porosité entre ces griefs. La nouvelle formulation permet non seulement de ne retenir que l'ordre public de fond, mais aussi de se concentrer sur le résultat auquel le tribunal arbitral est parvenu.

Ensuite, l'ancien texte visait « *l'ordre public international des États signataires du Traité* » Ohada. La formule avait suscité, en doctrine, beaucoup de discussions relatives notamment à son sens⁴⁷. Le législateur a voulu éviter à l'avenir des discussions sur le sens et le contenu de la référence à l'ordre public

45. CA du Centre (Cameroun), arrêt n° 199/civ. du 28 avr. 2010, Ohadata J-12-241.

46. En France, Cass. 1^{re} civ., 5 nov. 2014, *D.* 2014, *Pan* 2553.

47. Voir G. KENFACK DOUJANI, « La notion d'ordre public international dans l'arbitrage Ohada », *Rev. cam. arb.* 2005, n° 29, p. 3 ; S. I. BEBOHI EBONGO, « L'ordre public international des États Parties à l'Ohada », *Rev. cam. arb.* 2006, n° 34, p. 3 ; Ohadata D-08-63 ; E. ASSI ASSEPO, « L'ordre public international dans l'acte uniforme de l'Ohada relatif au droit de l'arbitrage », *Rev. arb.* 2007, p. 753 ; J.-M. TCHAKOUA, « L'exécution des sentences arbitrales dans l'espace Ohada » : regard sur une construction inachevée à partir du cadre camerounais », *Revue africaine des sciences juridiques* 2009, vol. 6, n° 1, p. 1.

international. Il ne semble cependant pas que la nouvelle formulation permette de parvenir à ce résultat, car on peut toujours se demander si et à quelle souveraineté se rattache l'ordre public international qu'il vise.

La CCJA doit assurer le contrôle de la bonne compréhension de la notion d'ordre public international en cause. À partir de là, il faudrait admettre qu'il doit s'agir d'un ordre public international commun à tous les États signataires du traité Ohada. Il est difficile de dire comment on peut procéder autrement sans ruiner l'entreprise d'harmonisation. À moins de supposer que l'ordre public international en cause ne doit se rattacher à aucune souveraineté en particulier, pour être un ordre public transnational⁴⁸.

En tout état de cause, lorsque la CCJA a eu à censurer la violation de l'ordre public international, on n'a pas eu l'impression qu'il s'agissait d'ordre public international de l'État du siège de l'arbitrage ou de celui de l'exécution de la sentence. C'est la méconnaissance de l'autorité de la chose jugée par le tribunal arbitral que la CCJA a jusqu'ici retenue comme constitutive de la violation de l'ordre public international. Dans le premier cas, le tribunal arbitral avait retenu sa compétence et rendu la sentence alors que le litige avait été définitivement tranché par une juridiction étatique⁴⁹. Dans le second cas, le tribunal arbitral avait rendu une sentence d'incompétence alors qu'un arrêt ayant autorité de la chose jugée avait, au regard de la convention d'arbitrage, décidé que les juridictions étatiques étaient incompétentes pour statuer sur le litige⁵⁰.

Dans la pratique, la contrariété à l'ordre public international a très souvent été invoquée comme moyen de recours en annulation des sentences arbitrales. Cela s'explique par le fait que la partie insatisfaite d'une sentence essaye parfois de faire feu de tout bois. Dans cette démarche, elle procède par élimination des moyens qui lui paraissent éloignés des critiques qu'elle souhaite soumettre au juge de l'annulation et finit par ne retenir, pour tenter sa chance, que le grief de contrariété à l'ordre public international. Or, ce moyen n'ouvre pas une large possibilité d'annulation, car l'ordre public pertinent c'est l'ordre public international, au contenu nécessairement plus tenu que l'ordre public interne.

Dans de nombreux cas de demande d'annulation sur le fondement de la violation de l'ordre public international, la CCJA a montré que la demande ne peut être accueillie que si la sentence arbitrale attaquée viole les valeurs absolument fondamentales. Ainsi, ce moyen n'a pas été retenu lorsque « *le tribunal arbitral a fait une mauvaise interprétation de la clause de règlement*

48. Voir à cet égard P. LALIVE, « Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international », *Rev. arb.* 1986, p. 329.

49. CCJA, arrêt n° 003/2011 du 31 janv. 2011, Ohadata J-12-136.

50. CCJA, arrêt n° 020/2013 du 18 avr. 2013.

amiable, une mauvaise application de la règle sur la prescription en matière de vente commerciale ou une mauvaise interprétation de la notion de force majeure»⁵¹. Le moyen n'a non plus été retenu lorsque le demandeur se contente de dire qu'il y a « *violation de la loi et de l'ordre public ainsi qu'une violation de la loi contractuelle* », sans montrer en quoi la sentence attaquée est contraire à l'ordre public international⁵². En statuant en ce sens, la CCJA soumet le demandeur en annulation sur le fondement de la contrariété à l'ordre public international à une double exigence : une exigence commune à tous les moyens de recours : montrer en quoi la sentence viole la règle visée ; une exigence spécifique, liée à l'intensité du choc que la sentence cause à l'ordre juridique, les chocs mineurs devant ne pas donner lieu à sanction.

Le législateur n'a donné aucune suite à l'initiative que la CCJA avait prise, dans un arrêt de 2008, de distinguer entre l'ordre public interne, invocable dans les seuls arbitrages internes, et l'ordre public international, invocable dans les seuls arbitrages internationaux⁵³. Les termes du problème étaient singuliers : le demandeur avait invoqué la violation de l'ordre public international (ce qui ne peut se réaliser que difficilement) et la Cour lui avait fait savoir que l'arbitrage étant interne, l'ordre public à invoquer devait être l'ordre public interne. Or, le législateur ne prévoit pas qu'on puisse invoquer la violation de l'ordre public interne pour obtenir l'annulation d'une sentence arbitrale, ce qui a dû pousser le demandeur à viser l'ordre public international.

La CCJA n'avait pas besoin, pour répondre au recours qui lui avait été adressé, de faire un tel exercice de pédagogie ; son initiative doit donc être perçue comme une clarification qu'elle pensait nécessaire. Le législateur a eu la possibilité, lors de la révision de l'Acte uniforme, d'approuver cette solution, mais ne l'a pas fait. Cette attitude peut dès lors s'analyser en une option bien résolue de ne pas distinguer entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international. L'unification s'est faite par extension à l'arbitrage interne du libéralisme qui, jusque-là, ne profitait qu'à l'arbitrage international. La possibilité d'échapper à l'annulation demandée sur la base de la violation de l'ordre public interne fait partie de ses faveurs étendues aux arbitrages internes.

f. La sentence arbitrale est dépourvue de toute motivation

Ce motif d'annulation a, lui aussi, été reformulé, puisque l'ancien texte visait la sentence arbitrale qui « *n'est pas motivée* ». Le changement semble

51. CCJA Ass. plén. arrêt n° 045/2008, 17 juill. 2008, *Rev. arb.* 2010, p. 595 ; Ohadata J-09-83.

52. CCJA, arrêt n° 004/2011 du 30 juin 2011, Ohadata J-12-137.

53. CCJA Ass. plén. arrêt n° 045/2008, 17 juill. 2008, *Rev. arb.* 2010, p. 595 ; Ohadata J-09-83.

destiné à éviter des discussions qui porteraient éventuellement sur la qualité de la motivation. Il suffirait, pour échapper à l'annulation, que la sentence arbitrale contienne une motivation, aussi faible ou erronée soit-elle. La solution contraire aurait eu l'inconvénient d'exposer au risque de glisser dans la révision au fond des sentences arbitrales, comme on l'a vu dans deux espèces. Dans la première, la cour d'appel du Centre (Cameroun) a annulé une sentence après avoir critiqué les analyses faites par le tribunal arbitral et surtout en affirmant que le fait que celui-ci ait refusé d'accueillir une demande constituait une absence de motifs⁵⁴. Dans la seconde espèce, le Tribunal de commerce de Kati (Mali) a annulé une sentence arbitrale en raison de la contradiction entre les motifs et le dispositif⁵⁵.

54. Arrêt n° 52/civ, 6 févr. 2008, Ohadata J-10-249.

55. T. com. Kati, jugement n° 490 du 15 déc. 2008 cité par P. MEYER, « Commentaires sous article 26 de l'Acte uniforme du 11 mars 1999 relatif au droit de l'arbitrage », in *Ohada : Traité et actes uniformes commentés et annotés*, *Juriscopes* 2016, p. 183.

Article 27

Le recours en annulation est recevable dès le prononcé de la sentence. Il cesse de l'être s'il n'a pas été exercé dans le mois de la signification de la sentence munie de l'exequatur.

La juridiction compétente statue dans les trois (3) mois de sa saisine. Lorsque ladite juridiction n'a pas statué dans ce délai, elle est dessaisie et le recours peut être porté devant la Cour commune de justice et d'arbitrage dans les quinze (15) jours suivants.

Celle-ci doit statuer dans un délai maximum de six (6) mois à compter de sa saisine. Dans ce cas, les délais prévus par le Règlement de procédure de la Cour commune de justice et d'arbitrage sont réduits de moitié.

1. Délai d'exercice du recours en annulation

En choisissant de faire courir le délai du recours en annulation de la signification de la sentence arbitrale munie de l'exequatur¹, le législateur adopte une solution qui encourt deux critiques. Tout d'abord, cette solution ne permet pas aux parties d'être rapidement fixées sur le sort de la sentence ; on aurait pu, en effet, faire courir ce délai du jour de la notification de la sentence même non revêtue de l'exequatur. Ensuite, la solution adoptée par le législateur oblige la partie qui souhaite voir exécuter la sentence à demander l'exequatur même dans l'hypothèse où elle aurait pu attendre de l'autre partie une exécution spontanée. La solution retenue par le législateur pourrait cependant s'expliquer par la crainte de la fraude que pourraient utiliser les justiciables véreux pour obtenir l'exécution sur la base de documents qu'ils auraient fabriqués. Si de tels documents sont présentés pour obtenir l'exequatur, il est possible de pallier le péril en exerçant un recours en annulation de la sentence arbitrale (ce qui emporte recours contre la décision d'exequatur), ce qui n'aurait pas forcément été possible si le délai de ce recours avait expiré avant l'obtention de l'exequatur. Le fraudeur entreprendrait donc de demander l'exequatur après expiration du délai de recours en annulation.

1. CCJA, arrêt n° 049/2012 du 7 juin 2012 Ohadata J-14-166 ; CCJA, arrêt n° 034/2017 du 9 mars 2017, *Société Libya Oil Chad SA c/Société GAMMA Sarl*, biblio.ohada.org/pmb/opac_css/doc_num.php?explnum_id=2186

Cette option contre la fraude ne fonctionnera cependant pas si la sentence arbitrale bénéficie de l'exécution provisoire, car, alors, le recours en annulation n'en suspend pas l'exécution.

En droit français, le délai du recours en annulation court à compter de la notification de la sentence, laquelle peut intervenir sans exequatur.

La CCJA a jugé que la partie qui se trompe sur le mode de saisine de la juridiction compétente en matière de recours en annulation, puis essaye de se rattraper, ne peut voir son recours déclaré recevable que si celui-ci a été exercé dans le délai prévu par la loi. En l'espèce, le demandeur qui avait agi par requête avait fait radier son recours avant de le réengager par voie d'assignation².

2. Mode de communication de la sentence

Le législateur prévoit ici la signification comme moyen par lequel la sentence revêtue de l'exequatur doit être portée à la connaissance de la partie adverse. Il y a lieu de constater qu'à l'article 22 de l'Acte uniforme, il est prévu que le délai de demande de rectification ou de complément de la sentence court à compter de la « notification ». Cela montre que le législateur a pu viser la signification sans en faire le seul mode de communication de la sentence. Au demeurant, lorsqu'on lit l'article 24 du Règlement de procédure de la CCJA, il apparaît que le législateur Ohada a de la signification une compréhension différente de ce que cette notion pourrait signifier dans certains droits internes. Cet article 24 prévoit que : « *Les significations prévues au présent Règlement sont faites soit par envoi postal recommandé avec demande d'avis de réception, messagerie express, courrier électronique, télécopieur ou tout autre moyen technique de communication laissant trace, d'une copie de l'acte à signifier, soit par remise de cette copie contre reçu [...]* ». On voit bien qu'aux termes de cette disposition, la signification n'est pas nécessairement faite par voie d'huissier.

En tout état de cause, les règlements d'arbitrage ont souvent prévu que la sentence arbitrale doit être notifiée. En droit français, l'article 1484 du Code de procédure civile prévoit qu'elle est « notifiée » par voie de signification, à moins que les parties en conviennent autrement. Ce serait le cas si elles acceptent un règlement d'arbitrage qui prévoit une voie de communication autre que la signification.

3. Délai du prononcé de la décision sur demande d'annulation

Le législateur innove en prévoyant un délai dans lequel la juridiction compétente doit statuer sur la demande d'annulation. Et pour donner tout son

2. CCJA, arrêt n° 049/2012 du 7 juin 2012.

sens à sa volonté d'accélérer l'examen du recours, il prévoit le dessaisissement du juge étatique compétent s'il n'a pas statué dans le délai prévu. Il s'agit d'un dessaisissement de plein droit, ce qui oblige à dire qu'est nulle et non avenue une décision qui interviendrait hors délai.

Saisie pour pallier la défaillance de la juridiction nationale, la CCJA n'agit pas dans le cadre de ses attributions classiques de contrôle de la bonne application du droit Ohada, mais comme juridiction statuant à l'origine sur une question. Elle ne statue pas sur un dossier qui lui est transféré par la juridiction nationale, mais sur un recours qui lui est adressé par le demandeur.

Le législateur impartit un délai à la CCJA pour rendre sa décision. Mais une décision rendue hors délai resterait valable.

4. Juridiction compétente pour connaître du recours en annulation

Certains États Parties au Traité Ohada ont déjà désigné le juge compétent pour connaître du recours en annulation (il s'agit notamment du Cameroun, de la Côte d'Ivoire, du Sénégal et du Togo). Dans ceux des États ne l'ayant pas encore fait, des controverses se sont élevées sur le juge à saisir. La CCJA a tranché en affirmant qu'« *en droit processuel, toutes les fois qu'un texte particulier n'attribue pas à une juridiction déterminée la connaissance exclusive de certaines matières, ladite connaissance de celles-ci échoit aux juridictions de droit commun* »³. C'est ainsi par exemple qu'au Bénin, le tribunal de première instance est compétent pour connaître du recours en annulation contre les sentences arbitrales en vertu de la loi béninoise du 27 août 2002 qui prévoit que celui-ci est juge de droit commun.

3. CCJA, arrêt n° 044/2008 du 17 juill. 2008, *Rev. arb.* 2010, p. 588 ; Ohadata J-10-15.

Article 28

Sauf si l'exécution provisoire de la sentence a été ordonnée par le tribunal arbitral, l'exercice du recours en annulation suspend l'exécution de la sentence arbitrale jusqu'à ce que la juridiction compétente dans l'État Partie ou la Cour commune de justice et d'arbitrage, selon le cas, ait statué.

Cette juridiction est également compétente pour statuer sur le contentieux de l'exécution provisoire.

1. Exercice du recours en annulation et suspension de l'exécution de la sentence arbitrale

C'est l'exercice du recours en annulation qui suspend l'exécution de la sentence arbitrale. Cela signifie que le délai du recours n'est pas suspensif.

Lorsque l'exécution provisoire est ordonnée par le tribunal arbitral, l'exercice du recours en annulation ne suspend pas l'exécution. Mais provisoire ou pas, l'exécution forcée n'interviendra que lorsque la sentence bénéficie de l'exequatur.

2. Juridiction compétente pour connaître du contentieux de l'exécution provisoire

Le contentieux de l'exécution provisoire n'est pas de la compétence du tribunal arbitral qui, au demeurant, est dessaisi par la sentence arbitrale. Le législateur n'a pas non plus voulu laisser ce contentieux au juge de droit commun de l'exécution provisoire ; il l'a attribué au juge compétent pour le recours en annulation. On peut, au regard de la formulation de la solution, se demander si la CCJA saisie pour pallier la lenteur de la juridiction nationale est compétente pour le contentieux de l'exécution provisoire. Bien souvent, le juge national aura statué sur le contentieux de l'exécution provisoire avant dessaisissement ; il ne serait pas judicieux que le dessaisissement rende sa décision caduque. Et si pendant trois mois la juridiction étatique compétente n'a pu statuer ni sur la demande d'annulation ni sur le contentieux de l'exécution, il serait raisonnable que la CCJA statue sur le contentieux de l'exécution.

Il ne faudrait pas, de la dévolution du contentieux de l'exécution provisoire, déduire que celui-ci existe forcément. Il faudrait donc, pour que les règles de compétence prévues soient mises en œuvre, que la législation nationale prévoie ce contentieux.

Article 29

En cas d'annulation de la sentence arbitrale et sauf lorsque ladite annulation est fondée sur le fait que le tribunal a statué sans convention d'arbitrage ou sur une convention nulle ou expirée, il appartient à la partie la plus diligente d'engager, si elle le souhaite, une nouvelle procédure arbitrale, conformément au présent Acte uniforme.

1. Possibilité de reprendre la procédure arbitrale après l'annulation de la sentence

L'annulation de la sentence arbitrale peut être la conséquence de la défaillance ou de l'incurie du tribunal arbitral ou de l'un de ses membres. Cela signifie que la volonté des parties de voir le différend se régler par voie d'arbitrage n'est pas remise en cause. C'est pourquoi la partie la plus diligente peut engager une nouvelle procédure arbitrale. Mais contrairement à ce que la formule du texte peut laisser penser, la nouvelle procédure arbitrale peut être engagée suivant d'autres règles que celles de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage. Les parties demeurent simplement liées par la convention d'arbitrage dans ses mêmes termes. En conséquence, si la clause offrait la possibilité d'aller soit à un arbitrage institutionnel soit à un arbitrage *ad hoc*, les parties retrouvent ces mêmes options après l'annulation de la sentence. Si la convention désignait une institution d'arbitrage, celle-ci demeure saisie de la demande d'arbitrage¹. Cela signifie que l'institution d'arbitrage qui relance les parties pour la nouvelle procédure ne peut être vue comme forçant leur volonté. Au demeurant, celles-ci resteraient libres de la suite à donner à la relance.

2. Distinction de l'annulation de la sentence rendue hors délai de l'annulation de la sentence rendue sur la base d'une convention d'arbitrage expirée

Depuis l'énonciation des causes d'annulation de la sentence arbitrale, le législateur entretient une confusion sur ce qu'est une convention d'arbitrage expirée, notamment en faisant croire que la sentence arbitrale rendue hors délai est rendue sur la base d'une convention d'arbitrage expirée. Or, il est rare que la convention d'arbitrage soit conclue en indiquant

1. En France, Paris, 8 janv. 1982, *Rev. arb.* 1982, p. 62 ; Cass. 2^e civ., 29 févr. 1984, *Rev. arb.* 1986, p. 43.

la durée de ses effets (même les compromis contenant la désignation des arbitres ne le font pas nécessairement). Plus souvent, c'est le délai d'arbitrage qui est fixé, dans la convention d'arbitrage ou postérieurement, de sorte que l'annulation d'une sentence rendue hors délai peut laisser la possibilité de reprendre la procédure d'arbitrage.

3. Impossibilité pour le juge de l'annulation de statuer au fond

La solution prévue par ce texte montre que le juge qui annule la sentence arbitrale ne lui substitue pas une nouvelle décision. Cela est vrai du juge étatique national, mais aussi de la CCJA qui pourrait avoir à statuer sur la demande d'annulation parce que le juge étatique national ne l'a pas fait à temps.

Toutes les juridictions d'annulation dans les États n'ont pas compris la solution. Ainsi, si la cour d'appel d'Abidjan (Côte d'Ivoire) a compris que le juge d'annulation ne peut évoquer², la cour d'appel de Ouagadougou (Burkina Faso) a annulé une sentence arbitrale et statué au fond³. Or, l'interdiction d'évoquer s'impose même lorsque la sentence arbitrale a été annulée pour un vice tenant à la convention d'arbitrage. La faculté qu'auraient les parties de demander l'évocation après annulation n'est prévue que dans l'arbitrage institutionnel de la CCJA.

2. Arrêt n° 45 du 27 avr. 2001, Ohadata J-02-171 (2^e espèce).

3. CA Ouagadougou, 19 mars 2010, cité par P. MEYER, « Commentaires sous article 29 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage », in *Ohada Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope* 2016, p. 184.

Chapitre 6

Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales

Article 30

La sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une décision d'exequatur rendue par la juridiction compétente dans l'État Partie

1. Nécessité de l'exequatur

Les juges privés que sont les arbitres ne sont pas investis de l'*imperium merum*. C'est pourquoi les sentences qu'ils rendent ne peuvent être ramenées à exécution forcée qu'en vertu d'une décision d'exequatur rendue par le juge étatique.

La solution concerne toutes les sentences arbitrales, y compris celles relatives aux mesures provisoires ou conservatoires et celles exécutoires par provision.

2. Juge compétent pour l'exequatur

Le juge que les États Parties à l'Ohada doivent désigner pour l'exequatur doit être celui qui pourrait rendre la décision sans remettre en cause les vertus de la justice arbitrale, notamment la célérité. L'article 31 ci-dessus témoigne bien de cette nécessité.

3. Effets de la sentence sans exequatur

L'exequatur est destiné à faire de la sentence arbitrale un titre exécutoire ; mais avant l'exequatur elle est tout de même un titre qui fait foi. C'est ainsi qu'elle peut fonder une exception de compensation, une saisie conservatoire, une inscription provisoire d'hypothèque, une requête en injonction de payer. Le cas échéant, le juge statuant sur les étapes ultérieures de la procédure pourra vérifier les conditions de régularité de la sentence invoquée.

Au rang des effets de la sentence arbitrale sans exequatur, il faudrait également mentionner l'autorité de la chose jugée entre les parties et l'opposabilité aux tiers¹.

-
1. Voir F. TEPPI KOLLOKO, *L'efficacité de la sentence arbitrale en droit Ohada*, thèse de doctorat Ph.D. Université de Dschang, 2015 ; R. MAFO DIFFO, *Le juge judiciaire et l'arbitrage dans l'espace Ohada*, thèse de doctorat PH. D. Université de Dschang, 2015 ; J. METCHUM TAGHUEU, *L'autonomie de l'arbitrage commercial international*, thèse de doctorat Ph. D. Université de Yaoundé II, 2018.

Article 31

La reconnaissance et l'exequatur de la sentence arbitrale supposent que la partie qui s'en prévaut établisse l'existence de la sentence arbitrale.

L'existence de la sentence arbitrale est établie par la production de l'original accompagné de la convention d'arbitrage ou des copies de ces documents réunissant les conditions requises pour leur authenticité.

Si ces pièces ne sont pas rédigées dans la ou les langue(s) officielle(s) de l'État Partie où l'exequatur est demandé, la partie doit en produire une traduction certifiée par un traducteur inscrit sur la liste des experts établie par les juridictions compétentes.

La reconnaissance et l'exequatur sont refusés si la sentence est manifestement contraire à une règle d'ordre public international.

La juridiction étatique, saisie sur requête de la demande de reconnaissance ou d'exequatur, statue dans un délai qui ne saurait excéder quinze (15) jours à compter de sa saisine. Si à l'expiration de ce délai, la juridiction n'a pas rendu son ordonnance, l'exequatur est réputé avoir été accordé.

Lorsque l'exequatur est accordé, ou en cas de silence de la juridiction saisie de la requête en exequatur dans le délai de 15 jours comme indiqué ci-dessus, la partie la plus diligente saisit le greffier en chef ou l'autorité compétente de l'État Partie pour apposition de la formule exécutoire sur la minute de la sentence. La procédure relative à la demande d'exequatur n'est pas contradictoire.

1. Reconnaissance et exequatur

La reconnaissance est l'admission de la sentence dans l'ordre juridique étatique, alors que l'exequatur est, en quelque sorte, un « bon pour exécution ». Une demande autonome en reconnaissance de la sentence arbitrale est difficilement envisageable par celui qui en souhaite l'exécution. Les conditions de la reconnaissance étant les mêmes que celles de l'exequatur, une demande en exequatur paraîtrait davantage appropriée. La reconnaissance de la sentence arbitrale pour elle-même est cependant possible, de manière incidente dans une procédure ayant un objet différent, si la sentence y est invoquée. Dans ce cas, le juge de la reconnaissance peut ne pas être celui de l'exequatur, mais tout autre juge devant lequel la sentence est invoquée.

Outre la possibilité de faire reconnaître incidemment la sentence, on peut envisager l'action autonome par laquelle une partie cherche à voir reconnaître une sentence de débouté de son adversaire dans la procédure arbitrale.

2. Déroutement de la procédure d'exequatur

L'article 31 de l'Acte uniforme a été profondément remanié, pour tenir compte des incompréhensions apparues dans la pratique de l'exequatur dans les États Parties à l'Ohada. Alors qu'elle est une formalité très sommaire visant à permettre l'exécution forcée d'un titre qui fait foi *a priori*, la procédure d'exequatur s'est souvent éternisée¹. Le législateur a voulu corriger cette mauvaise pratique en introduisant trois innovations majeures. En premier lieu, il précise que la demande d'exequatur doit être introduite par requête. C'est sans doute une indication suffisante pour faire comprendre qu'il n'est pas nécessaire d'instaurer un examen contradictoire de la demande. Il est vrai que dans certains cas, des procédures contradictoires sont introduites par requête ; c'est pourquoi le législateur précise que la procédure n'est pas contradictoire.

En deuxième lieu, le législateur prévoit une procédure très accélérée : la décision doit intervenir dans les 15 jours de la saisine du juge ; et si l'ordonnance n'est pas rendue dans ce délai, l'exequatur est réputé accordé. Une telle solution a souvent été appliquée s'agissant des demandes faites à l'administration et non au juge. En la prévoyant pour une demande adressée au juge, le législateur fait un pas qui mérite d'être souligné. Concrètement, le demandeur en exequatur qui n'obtient aucune réponse à sa demande devra saisir le greffier en chef ou l'autorité compétence muni de la sentence et de la preuve que la requête traîne depuis plus de 15 jours. L'autorité compétente doit alors apposer la formule exécutoire sans effectuer aucun examen qui aurait dû être fait par le juge, car l'exequatur est réputé accordé.

La troisième innovation apportée par le législateur est dans la traduction de l'ordre d'exécuter. Il précise que la formule exécutoire est apposée sur la minute de la sentence. Cette précision empêche que le juge ait la tentation de réécrire la sentence arbitrale ou même son dispositif, comme s'il s'agissait de reprendre celle-ci à son compte. Si la possibilité de réécrire la sentence ou son dispositif était donnée au juge de l'exequatur, le risque serait qu'il ne fasse pas une réécriture fidèle, de sorte qu'on se retrouve avec un titre exécutoire qui s'écarte de la lettre du titre rendu exécutoire. En vérité, même revêtue de l'exequatur, la sentence arbitrale reste l'œuvre du tribunal arbitral. Le juge de l'exequatur ne peut dès lors la modifier en y

1. Voir J.-M. TCHAKOUA, « La pratique de l'exequatur des sentences arbitrales au Cameroun », *Juridis Périodique* n° 96 (2013), p. 139.

ajoutant, par exemple, une condamnation aux dommages-intérêts² ou y incluant les intérêts de retard au jour de l'exequatur.

3. Exequatur partiel

La solution adoptée par le législateur en ce qui concerne la traduction de l'ordre d'exécuter invite à se demander si le juge peut accorder un exequatur partiel. En France, il a été jugé que l'exequatur peut être partiel si des chefs du dispositif conformes aux conditions de régularité sont séparables de ceux qui n'y sont pas conformes³. Cette solution devrait inspirer les juges africains, en dépit de ce qui peut apparaître comme une difficulté certaine à la mettre en œuvre dans un contexte où la formule exécutoire est apposée sur la minute de la sentence. Au juste, l'apposition de la formule exécutoire sur la minute de la sentence vise à empêcher les initiatives impropres des juges, et ne devrait pas conduire à priver la partie intéressée du bénéfice de l'exécution partielle⁴. Cela signifie qu'il ne faudrait pas prendre à la lettre la formule du texte. La flexibilité est de mise et on peut la retrouver en ce qui concerne les documents exigés pour la demande d'exequatur ; ils peuvent être fournis en copie. Cette souplesse est justifiée : dans certains cas, il sera pratiquement impossible de produire les originaux des pièces requises dans tous les pays où l'exequatur peut être demandé.

Si l'idée d'un exequatur partiel est retenue, il faudrait permettre au juge de l'exequatur de transcrire le dispositif de la sentence arbitrale avant d'y faire apposer la formule exécutoire.

4. Teneur du contrôle d'exequatur

Si le législateur permet que le silence du juge vaille exequatur, c'est parce qu'il admet qu'au besoin l'exequatur puisse être accordé sans examen. Lorsque l'examen est fait, il est extrêmement sommaire, car le juge doit se limiter à vérifier que la sentence n'est pas manifestement contraire à une règle d'ordre public international⁵. La contrariété à la règle d'ordre public international doit être manifeste pour justifier le rejet de la demande d'exequatur. Cela signifie qu'elle doit se montrer sans aucune recherche ; elle doit « sauter aux yeux ».

Le législateur ayant exigé la production de la convention d'arbitrage, le juge de l'exequatur doit procéder au contrôle matériel de l'existence de la convention. Mais il ne doit pas aller plus loin pour en contrôler la

2. En France, Cass. 1^{re} civ., 14 déc. 1983, *Rev. arb.* 1984, p. 483, note M. C. RONDEAU-RIVIER.

3. Cass. 1^{re} civ., 28 avr. 1987, *Rev. arb.* 1991, p. 345, obs. J. H. MORTRY et C. VERGNE.

4. Voir aussi la possibilité de l'annulation partielle de la sentence arbitrale, commentaire sous article 26, *supra*.

5. Sur l'ordre public international, voir commentaires sous l'article 26, *supra*.

validité. On a souvent émis la crainte qu'une solution aussi libérale puisse ouvrir la voie à la fraude ; cependant, un recours en annulation est possible contre la sentence arbitrale et emporte, de plein droit, recours contre l'ordonnance d'exequatur. Le délai de recours commence à courir à compter de la signification de la sentence munie de l'exequatur et, sauf exécution provisoire, l'exercice du recours suspend l'exécution.

5. Pièces exigées

Sont exigées la sentence arbitrale et la convention d'arbitrage, en originaux ou copies réunissant les conditions requises pour leur authenticité. À l'heure de la dématérialisation, les supports sous forme électronique, s'agissant tout au moins de la convention d'arbitrage, pourraient être admis. Il serait en revanche difficile d'envisager l'apposition de la formule exécutoire sur une copie électronique de la sentence arbitrale.

Lorsque l'arbitrage s'est tenu sur la base d'une convention arbitrale verbale, l'existence de celle-ci peut être établie devant le juge de l'exequatur par la preuve que les parties ont participé sans contestation à la procédure (ce qui peut résulter de la sentence). *A fortiori*, la convention d'arbitrage peut résulter de l'échange de conclusions dans lesquelles une partie l'allègue et l'autre ne la conteste pas.

6. Sentences concernées

Les sentences concernées par cet article 31 sont en principe celles rendues sur la base du présent Acte uniforme et dont on demande l'exequatur dans un État Partie au Traité Ohada. En application de l'article 34 ci-dessous, il peut aussi s'agir de sentences rendues sur la base de règles étrangères à l'espace Ohada. Il suffirait que la sentence arbitrale concernée ne tombe pas dans le champ d'application d'une convention internationale, ou que la convention internationale applicable permette l'application de l'Acte uniforme. Cette dernière solution peut s'appliquer lorsque la sentence arbitrale tombe dans le champ d'application de la Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, laquelle permet au demandeur intéressé de se prévaloir du droit interne plus favorable⁶.

6. Voir Ph. LEBOULANGER, « La reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales dans le système Ohada », *Penant* n° 833, mai-août 2000, p. 166.

Article 32

La décision qui refuse l'exequatur n'est susceptible que de pourvoi en cassation devant la Cour commune de justice et d'arbitrage.

La décision qui accorde l'exequatur n'est susceptible d'aucun recours.

Toutefois, le recours en annulation de la sentence emporte, de plein droit, dans les limites de la saisine de la juridiction compétente de l'État Partie, recours contre la décision ayant accordé l'exequatur.

1. Pourvoi contre la décision qui refuse l'exequatur

Saisie du pourvoi contre la décision qui refuse l'exequatur, la CCJA instruit le recours conformément à son Règlement de procédure. Le délai du recours est celui prévu par l'article 28.1 de ce Règlement, à savoir deux mois à compter de la signification de la décision. En l'absence de dispositions dérogatoires, la CCJA siègera en collégialité alors même que l'exequatur des sentences issues du système d'arbitrage de la Cour est rendu, au premier niveau, par ordonnance de son président ou du juge délégué à cet effet¹.

Si la CCJA casse la décision, elle évoque conformément à l'article 14 du Traité Ohada. L'exequatur qu'elle pourrait alors ordonner permettra de poursuivre l'exécution forcée dans l'ensemble des territoires des États Parties au Traité. Mais dans chaque État, la formule exécutoire sera apposée par l'autorité compétence sur la base de la seule vérification de l'authenticité du document produit².

Selon les informations disponibles, depuis l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage du 11 mars 1999, la CCJA n'aurait été saisie que d'un recours contre une décision refusant l'exequatur, ce qui peut être le signe qu'en dépit des dysfonctionnements observés dans les modalités d'examen des demandes d'exequatur, les décisions de rejet sont rares. À titre de droit comparé, ces propos de René Drouillat, rapportés par Thomas Clay, sont significatifs de la tendance sur l'exequatur : « *Pendant dix ans, en qualité de vice-président de la première chambre du Tribunal de grande instance de Paris, j'ai eu à conférer l'exequatur à des sentences arbitrales ; je ne me souviens pas en avoir refusé ; et pourquoi en aurais-je refusé ?* »³. Il y a là la preuve, s'il

1. Art. 30 du règlement d'arbitrage de la CCJA.

2. Art. 46 du règlement de procédure de la CCJA.

3. T. CLAY, *Code de l'arbitrage commenté*, LexisNexis, Paris, 2015, p. 129.

en fallait encore une, que l'exequatur ne constitue pas une difficulté d'exécution et on ne saurait judicieusement en traiter dans le cadre du contentieux de l'exécution comme cela a été fait dans la loi camerounaise n° 2007/001 instituant le juge du contentieux de l'exécution et fixant les conditions de l'exécution au Cameroun des décisions judiciaires et actes publics étrangers ainsi que des sentences arbitrales étrangères. Le contentieux de l'exécution intervient en aval de l'exequatur.

2. Exclusion de voies de recours contre la décision qui accorde l'exequatur

L'exclusion de recours contre la décision qui accorde l'exequatur est totale. Même la voie de rétractation est fermée. Ainsi, le juge de l'exequatur ne peut rétracter son ordonnance⁴.

La portée de l'exclusion de voies de recours contre la décision qui accorde l'exequatur *ne* doit cependant pas être surestimée, car le législateur prévoit que le recours en annulation emporte recours contre la décision ayant accordé l'exequatur. Autrement dit, ce qui est exclu, c'est le recours direct contre la décision d'exequatur.

La demande d'annulation peut ne pas viser l'entière sentence arbitrale, mais seulement certains chefs de motifs ou du dispositif. Dans ce cas, ce sont ces seuls points qui sont concernés par le recours indirect contre la décision d'exequatur. L'exécution de la sentence arbitrale peut alors être entreprise sur les points non touchés par l'annulation⁵.

Si sur recours contre la décision de la juridiction nationale ayant refusé l'exequatur, la CCJA casse et évoque, l'exequatur qu'elle accorde est aussi concerné par le recours indirect. Le juge national de l'annulation peut alors être amené à statuer sur la décision rendue par la Cour. Il ne faudrait cependant pas beaucoup s'en inquiéter. En effet, la décision rendue sur la demande d'exequatur ne résulte pas d'un examen approfondi de la sentence arbitrale. Le seul examen en profondeur est celui effectué par le juge de l'annulation. Et il n'y aurait aucun problème à ce que celui-ci, après un examen sérieux, estime que la sentence arbitrale qui n'apparaît pas manifestement contraire à une règle d'ordre public international heurte néanmoins celui-ci.

4. En France, voir TGI de Paris (ord. ref.), 22 janv. 1997, *Rev. arb.* 1997, p. 569, note M.-C. RONDEAU-RIVIER; TGI de Paris, (ord. ref.), 13 sept. 1984, *Rev. arb.* 1985, p. 327, obs. Th. BERNARD.

5. Voir le commentaire sous l'article 31, à propos de l'exequatur partiel.

Article 33

Le rejet du recours en annulation emporte, de plein droit, validité de la sentence arbitrale ainsi que de la décision ayant accordé l'exequatur.

Lorsque l'annulation est prononcée, la sentence arbitrale est anéantie. Le législateur ayant prévu que le recours en annulation emporte, de plein droit, recours contre la décision ayant accordé l'exequatur, il est logique de prévoir aussi qu'en cas de rejet du recours en annulation, la validité de la sentence arbitrale est établie, celle-ci pouvant désormais produire des effets de droit au moyen de l'exequatur.

Article 34

Les sentences arbitrales rendues sur le fondement de règles différentes de celles prévues par le présent Acte uniforme sont reconnues dans les États Parties, dans les conditions prévues par les conventions internationales éventuellement applicables et à défaut, dans les mêmes conditions que celles prévues par les dispositions du présent Acte uniforme.

Les sentences visées par cet article sont celles qu'on appelle parfois, un peu improprement, sentences étrangères. Il faudrait se rappeler que le présent Acte uniforme s'applique à tout arbitrage lorsque le siège du tribunal arbitral est situé dans un État Partie au Traité Ohada.

Les sentences concernées sont donc celles rendues en vertu du droit des États tiers à l'Ohada. Elles sont aussi les sentences qui seraient rendues en vertu des conventions internationales, par exemple la convention de Washington du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États.

Les règles à suivre pour l'efficacité de ces sentences (reconnaissance et exequatur) sont celles des conventions internationales éventuellement applicables. Dans une espèce où la sentence en cause était rendue en Belgique, la CCJA a, sur un moyen relevé d'office, jugé que « *l'exequatur des sentences arbitrales rendues dans les États tiers à l'Ohada s'opère selon les conventions internationales si l'État où la sentence a été rendue et l'État Partie où la sentence est invoquée sont liés en ce domaine ; qu'en l'espèce, la Belgique (pays où la sentence a été rendue) et la République Démocratique du Congo (pays de l'exequatur) sont liés par les conventions internationales, notamment la convention de New York du 10 décembre 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères ; que c'est donc à tort que le président du Tribunal a fait application de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage* »¹.

À défaut de règles d'efficacité dans la convention internationale applicable, on appliquera celles du présent Acte uniforme. La convention internationale peut, du reste, prévoir l'application des dispositions du droit national. À l'article 35 *infra*, le législateur prévoit que le présent Acte uniforme tient lieu de loi relative à l'arbitrage dans les États Parties. La loi nationale à laquelle une convention internationale renverrait serait le présent Acte uniforme.

1. CCJA, arrêt n° 003/2017 du 26 janv. 2017, *Société VODACOM International Ltd c/Sté Congolaise Wireless Network SPRL*; biblio.ohada.org/pmb/opac_css/doc_num.php?explnum_id=2076

Chapitre 7

Dispositions finales

Article 35

Le présent Acte uniforme tient lieu de loi relative à l'arbitrage dans les États Parties.

Il n'est applicable qu'aux procédures arbitrales commencées après son entrée en vigueur.

1. Portée du présent Acte uniforme

Le législateur a voulu, à l'alinéa premier ci-dessus, indiquer qu'avec cet Acte uniforme, il n'y a plus à attendre, dans les États Parties au Traité Ohada, un autre texte sur l'arbitrage. Cela est d'autant plus plausible que, conformément au Traité, les Actes uniformes sont directement applicables dans les États et abrogent toutes les dispositions internes qui leur sont contraires. La CCJA a même fait savoir que cet article 35, alinéa 1^{er}, n'est pas une application pure et simple, mais un complément de l'article 10 du Traité Ohada. Dans une espèce où les dispositions du droit national étaient invoquées parce que prétendues non contraires à l'Acte uniforme, elle a affirmé : « *Mais attendu que même s'il se déduit d'une interprétation a contrario de l'article 10 du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique qu'il n'y a pas abrogation expresse des lois préexistantes qui ne sont pas contraires en principe aux Actes uniformes, la lecture de cette disposition doit, en ce qui concerne l'arbitrage notamment, être complétée par l'article 35, alinéa 1^{er}, de l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage, qui dispose que "Le présent Acte uniforme tient lieu de loi relative à l'arbitrage dans les États Parties"; qu'ainsi, en se substituant aux lois préexistantes organisant l'arbitrage en droit interne, l'Acte uniforme abroge toutes les lois générales relatives à l'arbitrage, ne laissant subsister que les éventuelles normes d'organisation de l'arbitrage institutionnel qui ne lui sont pas contraires* »¹.

Il n'est cependant pas sûr qu'il n'y a absolument aucune place pour des textes nationaux relatifs à l'arbitrage. En effet, rien ne s'oppose à ce qu'un régime d'arbitrage institué par une convention internationale soit

1. CCJA, arrêt n° 062/2012 du 7 juin 2012, Ohadata J-14-167.

construit au plan interne, sans même qu'il soit nécessaire que ledit régime se conforme à l'Acte uniforme².

2. Procédures arbitrales et post arbitrales soumises au présent Acte uniforme

L'Acte uniforme contient de nombreuses dispositions procédurales. Il n'a toutefois pas semblé judicieux de l'appliquer aux procédures arbitrales en cours. On ne devra pas non plus l'appliquer aux procédures post-arbitrales (exequatur et recours contre la sentence arbitrale) qui concernent les sentences rendues sur la base de l'Acte uniforme du 11 mars 1999. On sait que la CCJA a eu à refuser d'appliquer l'Acte uniforme du 11 mars 1999 au recours en annulation contre une sentence arbitrale parce que la procédure avait été engagée avant l'entrée en vigueur de ce texte³. Il n'y a aucune raison qu'il en soit autrement avec le présent Acte uniforme. Au juste, le refus d'appliquer les règles de l'Acte uniforme aux procédures entamées avant leur entrée en vigueur est une solution constance à la CCJA⁴.

2. Sur la question, voir J. ISSA-SAYEGH, « Réflexions dubitatives sur le droit de l'arbitrage Ohada », *Rev. cam. arb.* numéro spécial oct. 2001, p. 22 ; Ohadata D-8-37 ; G. KENFACK DOUAJINI, « La portée abrogatoire de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage », *Rev. cam. arb.* numéro spécial oct. 2001, p. 28, Ohadata D-08-38.

3. CCJA, arrêt n° 001/2002 du 10 janv. 2002, Ohadata J-02-23.

4. CCJA, arrêt n° 010/2003 du 10 juin 2003, Ohadata J-04-108 ; n° 023/2004 du 17 juin 2004, Ohadata J-04-384.

Article 36

Le présent Acte uniforme, qui abroge l'Acte uniforme du 11 mars 1999 relatif au droit de l'arbitrage, sera publié au *Journal officiel de l'Ohada* dans un délai de soixante (60) jours à compter de son adoption. Il sera également publié au *Journal officiel des États Parties*.

Il entre en vigueur quatre-vingt-dix (90) jours à compter de sa publication au *Journal officiel de l'Ohada*.

La publication des Actes uniformes dans le *Journal officiel des États Partie* est faite à titre informatif et sans aucune conséquence sur l'entrée en vigueur pour laquelle la publication pertinente est celle faite au *Journal officiel de l'Ohada*. Ainsi, le présent Acte uniforme est entré en vigueur sans attendre sa publication dans les journaux officiels des États parties.

DEUXIÈME PARTIE

COMMENTAIRES DU RÈGLEMENT D'ARBITRAGE DE LA CCJA

« L'arbitrage est en réalité un marché ; il implique un ensemble de prestations de services à forte valeur ajoutée. Sur ce marché règne une très vive concurrence entre les cabinets juridiques, entre les places d'arbitrage, entre les lois et les États eux-mêmes. Dans cette compétition mondiale, l'Afrique, jusqu'ici, était marginalisée. Avec l'Ohada, elle a pris, au moins sur le papier, une longueur d'avance »¹.

Ces propos qui ont été tenus par le Professeur Philippe Fouchard lors des travaux du Colloque de Yaoundé sur « l'Ohada et les perspectives de l'arbitrage en Afrique », qui s'est tenu peu après l'adoption des principaux instruments sur l'arbitrage le 11 mars 1999, paraissent encore d'actualité aujourd'hui depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle législation de l'Ohada sur l'arbitrage le 15 mars 2018.

Le 23 novembre 2017, à Conakry, le Conseil des ministres de l'Ohada a adopté deux nouveaux Actes uniformes sur la médiation et l'arbitrage et un nouveau Règlement d'arbitrage de la CCJA-Ohada.

L'Ohada maintient la distinction traditionnelle entre l'arbitrage de droit commun régi par l'Acte uniforme et l'arbitrage institutionnel de la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) organisé principalement par le Traité, le règlement d'arbitrage, le Règlement intérieur de la Cour en matière d'arbitrage et en cas de silence desdits textes par l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage.

Dans l'espace Ohada, cohabitent désormais moult centres nationaux d'arbitrage ; il s'y déroule également de nombreux arbitrages *ad hoc*. Toutes ces

1. Ph. FOUCHARD, « Rapport de synthèse » in *L'Ohada et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Travaux du Centre René-Jean Dupuy pour le droit et le développement, Bruylant, 2000, p. 235-245, p. 244.

procédures doivent être en adéquation avec les principes cardinaux du droit de l'arbitrage énoncés par l'Acte uniforme du 23 novembre 2017.

Le législateur Ohada a souhaité cependant assurer la mise en place d'un centre régional d'arbitrage conforme aux standards internationaux en matière de Modes alternatifs de règlement des différends.

Cet arbitrage spécifique de la CCJA-Ohada tire sa source des textes suivants :

1. le Traité de Port Louis du 17 octobre 1993, révisé à Québec le 17 octobre 2008 notamment en son Titre IV relatif à l'arbitrage ;
2. le Règlement d'arbitrage de la CCJA du 23 novembre 2017 ;
3. l'Acte uniforme du 23 novembre 2017 relatif à l'arbitrage (exceptionnellement en cas de silence du règlement d'arbitrage) ;
4. la Décision n° 004/1999/CCJA du 3 février 1999 relative aux frais d'arbitrage ;
5. la Décision n° 004/99/CM du 12 mars 1999 portant approbation de la Décision n° 004/1999/CCJA relative aux frais d'arbitrage ;
6. le Règlement intérieur de la CCJA en matière d'arbitrage ;
7. le Règlement de procédure contentieuse du 18 avril 1996 révisé le 30 janvier 2014.

1. L'institution des Règlements en droit Ohada

Le régime des Règlements est prévu par le Traité de l'Ohada du 17 octobre 1993 révisé le 17 octobre 2008 :

- à l'article 19 pour la procédure contentieuse devant la Cour commune de justice et d'arbitrage ;
- à l'article 26 pour la procédure d'arbitrage sous l'égide de la Cour commune de justice et d'arbitrage ;
- enfin à l'article 41 pour l'École régionale supérieure de la magistrature.

Ces Règlements sont pris conformément à l'article 8 du Traité, c'est-à-dire à l'unanimité des représentants des États, au Conseil des ministres.

C'est dans ces conditions que le Conseil a adopté le 11 mars 1999 le premier Règlement d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage².

Ce Règlement a été modifié le 23 novembre 2017 afin de renforcer l'indépendance et la compétitivité du Centre d'arbitrage de la CCJA à travers une meilleure harmonisation de ce Règlement avec l'Acte uniforme relatif au

2. *JO Ohada*, n° 8, 15 mai 1999, p. 9.

droit de l'arbitrage, et dans le souci de le rapprocher des meilleures pratiques de l'arbitrage international³.

2. Nature juridique et autorité du Règlement

Le Règlement d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage a une portée générale et obligatoire pour l'ensemble des actes de la Cour concernant la procédure d'arbitrage devant cette institution.

Cette portée générale et obligatoire a notamment été affirmée par l'arrêt *Société Nationale pour la Promotion Agricole dite SONAPRA c/Société des Huileries du BENIN dite SHB*, décision dans laquelle il a été décidé que :

« attendu qu'aux termes de l'article 10.1 du Règlement d'arbitrage susvisé de la Cour de céans, lorsque les parties sont convenues d'avoir recours à l'arbitrage de la Cour, elles se soumettent par là même aux dispositions du Titre IV du Traité de l'Ohada, au présent règlement, au règlement intérieur de la Cour, à leurs annexes et au barème des frais d'arbitrage dans leur rédaction en vigueur à la date de l'introduction de la procédure d'arbitrage [...] »⁴.

3. Règlement d'arbitrage de la CCJA et Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage

Le règlement d'arbitrage de la CCJA organise un arbitrage institutionnel spécifique à cette institution en confiant à celle-ci des attributions d'administration des arbitrages, mais aussi des fonctions juridictionnelles.

Toutefois, cette institution ne bénéficie d'aucun monopole en matière d'arbitrage et les parties peuvent également recourir à un arbitrage *ad hoc*, ou à celui de toute autre institution permanente d'arbitrage⁵.

Toutefois, à la différence de ces autres arbitrages institutionnels et de l'arbitrage *ad hoc*, l'arbitrage institutionnel de la CCJA bénéficie d'un privilège spécifique et dérogoire au droit commun de l'arbitrage, car il relève directement du titre IV du Traité de l'Ohada et du Règlement d'arbitrage de la Cour.

Telle a été l'interprétation donnée par la Cour commune de justice et d'arbitrage dans son arrêt du 17 juillet 2008 rendue en Assemblée plénière⁶.

3. JO Ohada, 15 déc. 2017.

4. CCJA, arrêt n° 045/2008 du 17 juill. 2008.

5. Voir P.-G. POUYOUÉ, J.-M. TCHAKOUA et A. FÉNÉON, *Droit de l'arbitrage dans l'espace Ohada*, Yaoundé PUA, 2000, p. 163 et s.

6. CCJA, arrêt n° 45 du 17 juill. 2008 ; voir aussi J.-M. TCHAKOUA, « Le système d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage en questions », in *l'arbitrage en Afrique, questions d'actualité*, Colloque de Yaoundé, 14/15 janv. 2008, *Rev. cam. arb.*, numéro spécial févr. 2010, p. 177.

Pourtant, dans l'arrêt Guinée Équatoriale du 29 novembre 2011, alors qu'il s'agissait d'un arbitrage institutionnel sous l'égide de la CCJA, la haute juridiction communautaire n'a pas hésité à invoquer les dispositions de l'article 4 de l'acte uniforme Ohada du 11 mars 1999 sur l'autonomie de la convention d'arbitrage⁷.

Il y a lieu de considérer que l'arbitrage institutionnel de la CCJA est un arbitrage spécifique régi par le titre IV du Traité de l'Ohada, le règlement d'arbitrage du 23 novembre 2017, le règlement intérieur de la Cour, les différentes annexes ainsi que le barème des frais de l'arbitrage. Conformément au principe général de droit selon lequel, « *lex specialis derogant generalibus* », ces différentes dispositions ont un caractère obligatoire pour les parties dans un arbitrage sous l'égide de la CCJA.

Toutefois en cas de vide juridique, il convient de se référer au droit commun de l'arbitrage dans l'espace Ohada résultant de l'acte uniforme du 23 novembre 2017 relatif au droit de l'arbitrage.

En effet, il y a lieu d'observer que cette spécificité de l'arbitrage CCJA a été considérablement réduite par la réforme du 24 novembre 2017 qui a, sur de nombreux points, aligné le système d'arbitrage CCJA sur l'Acte uniforme révisé à même date.

4. Spécificité du système d'arbitrage de la CCJA

Le système d'arbitrage de la CCJA constitue selon René Bourdin, l'un des auteurs de l'avant-projet du Règlement d'arbitrage du 11 mars 1999, « *une construction arbitrale nouvelle, sans précédent dans le monde et qui synthétise toutes les opérations d'arbitrage depuis la requête introductive jusqu'à la décision finale des juridictions étatiques sur la sentence* ».

Selon ce même auteur, « *l'arbitrage de la CCJA a des avantages incontestables et considérables sur toute autre formule proposée par les institutions arbitrales. Le fait de n'avoir de contact qu'avec une seule autorité pour la phase arbitrale et pour la phase contentieuse qui peut être éventuellement suivie, d'avoir à sa disposition une autorité de très haut niveau donnant ainsi toutes les garanties d'intégrité et d'indépendance, sont des atouts considérables* »⁸.

Cette double fonction de la CCJA, qui fait d'elle une institution originale et atypique, a suscité quelques réactions négatives. Certains auteurs ont déploré ce qu'ils considèrent comme un mélange de genres, susceptibles de provoquer quelques réticences au niveau des milieux d'affaires qui

7. CCJA, arrêt n° 012/2011 du 29 nov. 2011, *République de Guinée Équatoriale et CEMAC c/Commercial Bank Guinea Ecuatorial*.

8. R. BOURDIN, « L'Ohada : information à ce jour », document CCI n° 420/405 du 30 mars 2000.

voient dans l'arbitrage, un moyen de soustraire le règlement de leurs différends à la justice étatique.

Les commentaires qui suivent permettront d'appréhender les contours de la réforme de l'arbitrage de la CCJA, dont les innovations importantes peuvent être classées en cinq grandes rubriques :

- extension du champ d'application avec l'intégration expresse de l'arbitrage d'investissement ;
- célérité des procédures ;
- renforcement de la transparence des procédures ;
- mesures d'urgence ;
- arbitrage multipartite.

Chapitre 1

Attributions de la Cour commune de justice et d'arbitrage en matière d'arbitrage

Article premier – Exercice par la Cour de ses attributions

1.1. La Cour commune de justice et d'arbitrage, ci-après dénommée « la Cour », exerce, dans les conditions ci-après définies, les attributions d'administration des arbitrages dans le domaine qui lui est dévolu par l'article 21 du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, ci-après dénommé « Traité ».

Les décisions que la Cour prend à ce titre, en vue d'assurer la mise en œuvre et la bonne fin des procédures arbitrales et celles liées à l'examen de la sentence, sont de nature administrative.

Dans l'administration des procédures arbitrales, la Cour est assistée d'un Secrétaire général.

Les membres de la Cour ayant la nationalité d'un État impliqué directement dans une procédure arbitrale doivent se déporter de la formation de la Cour dans l'affaire en cause. Le Président de la Cour procède à leur remplacement, le cas échéant, par ordonnance.

La Cour communique avec le tribunal arbitral et les parties au cours d'un arbitrage par l'intermédiaire du Secrétaire général. Celui-ci leur transmet ses décisions, ainsi que celles prises par la Cour.

Le Président de la Cour peut faire appel à des experts pour avis consultatif dans les conditions définies par le Règlement intérieur de la Cour.

Les décisions administratives prises par la Cour sont dépourvues de toute autorité de chose jugée et sans recours. Les motifs de ces décisions peuvent être communiqués à toutes les parties sous réserve que l'une des parties impliquées dans la procédure d'arbitrage en fasse la demande avant que la décision ne soit prise.

1.2. La Cour exerce les compétences juridictionnelles qui lui sont attribuées par l'article 25 du Traité en matière d'autorité de chose jugée et d'exequatur des sentences rendues dans sa formation contentieuse ordinaire et conformément à la procédure prévue pour celle-ci.

1.3. Les attributions de la Cour définies au paragraphe 1.1 ci-dessus en matière d'administration des procédures arbitrales sont assurées dans les conditions prévues au chapitre II du présent Règlement.

Les attributions juridictionnelles de la Cour prévues au paragraphe 1.2 ci-dessus sont exercées dans les conditions prévues par le chapitre III du présent Règlement et le Règlement de procédure de la Cour.

1. Double fonction de la Cour : Centre d'arbitrage et juridiction suprême et transparence des procédures

Cette disposition fait référence à l'article 21 du Traité Ohada révisé à Québec le 17 octobre 2008 qui définit le champ d'application de l'arbitrage CCJA-Ohada.

Elle permet de prendre en compte la spécificité de ce système d'arbitrage, notamment en révélant la double fonction de la Cour.

a) Fonction administrative

La Cour elle intervient dans une première phase en tant que centre d'arbitrage ou institution d'arbitrage, chargé d'encadrer le processus arbitral, de la requête jusqu'à la sentence arbitrale. Elle rend alors des décisions administratives à l'instar de n'importe quelle autre institution d'arbitrage. Ses décisions sont sans recours.

Toutefois, en cas de survenance d'éléments nouveaux, notamment dans une procédure de récusation, les parties peuvent soumettre de nouvelles demandes à l'appréciation de la Cour.

b) Fonction contentieuse

La Cour joue également le rôle de juridiction suprême des États Parties à l'Ohada, dans la phase post arbitrale et se prononce notamment sur l'exequatur, le recours en annulation de la sentence arbitrale ainsi que sur la tierce opposition (art. 1.2 du RA).

Dans le cadre de ses attributions administratives, la Cour examine *prima facie* l'existence d'une convention d'arbitrage préalablement à la mise en œuvre de l'arbitrage (art. 8, 9 et 10 du RA), fixe les provisions (art. 8 et 11 du RA) et le lieu de l'arbitrage en cas de désaccord ou de silence des parties (art. 8 et 13 du RA).

Elle nomme ou confirme les arbitres (art. 2 et 3 RA), se prononce sur leur récusation, leur démission et leur remplacement (art. 4 du RA).

La Cour peut fixer un délai pour la soumission des demandes d'intervention (art. 8-1.1 du RA).

Elle approuve le procès-verbal de cadrage si l'une des parties refuse de le signer ou formule des réserves à son encontre (article 15.2 du RA).

Elle peut également proroger d'office ou à la demande du tribunal arbitral le délai de signature de la sentence arbitrale (article 15.4 du RA).

La Cour procède à l'examen préalable du projet de sentence arbitrale (article 23 du RA) et fixe les honoraires et les frais de l'arbitrage (article 24 du RA).

Elle peut nommer un arbitre pour statuer sur le recours en interprétation, rectification ou complément de la sentence (article 26 du RA).

Le législateur Ohada renforce la transparence des procédures d'arbitrage de la CCJA. Alors que le règlement d'arbitrage du 11 mars 1999 indiquait que les motifs des décisions administratives de la Cour ne pouvaient être portés à la connaissance des parties, celui du 23 novembre 2017 dispose que « *les motifs de ces décisions peuvent être communiqués à toutes les parties* » si une des parties en fait la demande avant que la décision ne soit prise.

Cette transparence est également fortement affirmée dans les arbitrages impliquant les États d'autant que « *les membres de la Cour ayant la nationalité d'un État impliqué directement dans une procédure arbitrale doivent se déporter de la formation de la Cour dans l'affaire en cause* ».

Aux termes de l'article 39 alinéa 2 du Traité révisé de l'Ohada, « *Après avis de la Cour, le Président nomme [...] le Secrétaire général chargé d'assister celle-ci dans l'exercice de ses attributions d'administration de l'arbitrage* ». Le nouveau Règlement d'arbitrage consacre le rôle important du Secrétaire général qui assure « *sous l'autorité du Président de la Cour, la direction du Centre d'arbitrage* », conformément au Règlement n° 025/2011/CM/Ohada du 16 décembre 2011 portant attributions et critères de nomination du Secrétaire général.

Afin de renforcer la transparence du système d'arbitrage de la CCJA, le législateur Ohada autorise le Président de la Cour à « *faire appel à des experts pour avis consultatif* ». Ce point constitue une innovation majeure d'autant qu'il ouvre l'arbitrage CCJA aux compétences externes et contribue ainsi à renforcer sa crédibilité.

2. CCJA et phase post arbitrale

Dans le cadre de ses compétences juridictionnelles, la Cour a le monopole de l'exequatur des sentences rendues sous son égide dans l'espace Ohada. Elle peut refuser l'exequatur dans les quatre hypothèses limitativement énumérées par les articles 25 du Traité et 30.5 du règlement d'arbitrage.

Elle se prononce sur le recours en annulation dans les six cas prévus par les articles 25 du Traité et 29 du règlement d'arbitrage qui sont identiques à ceux prévus par l'Acte uniforme du 23 novembre 2017 relatif à l'arbitrage.

Le vocable « recours en contestation de validité », utilisé par le législateur Ohada en 1999, a disparu dans un souci d'harmonisation des modalités d'invalidation ou d'annulation des sentences arbitrales dans l'espace Ohada.

La Cour est également seule compétente pour se prononcer sur la tierce opposition contre les sentences arbitrales rendues sous l'égide de la CCJA (article 33 du RA).

3. Privilèges et immunités diplomatiques

Aux termes de l'article 48 du Traité, « *l'Ohada, ses biens et ses avoirs ne peuvent faire l'objet d'aucune action judiciaire sauf si elle renonce à cette immunité* ».

L'article 49 ajoute que « [...] *les fonctionnaires et employés de l'Ohada, les juges [...] ainsi que les arbitres nommés ou confirmés [...] jouissent dans l'exercice de leurs fonctions de privilèges et immunités diplomatiques. Les immunités et privilèges mentionnés ci-dessus peuvent être selon les circonstances, levés par le Conseil des ministres* ».

Certains auteurs ont considéré que « *l'immunité dont bénéficient la Cour, dans ses attributions administratives, et les arbitres est choquante. En effet, elle implique que la Cour ne peut pas répondre des fautes qu'elle commettrait, le cas échéant, dans l'administration des arbitrages et que les arbitres n'ont à répondre d'aucune faute, même grave et intentionnelle, qu'ils pourraient commettre dans le traitement d'un dossier d'arbitrage* »¹.

Ce point de vue paraît cependant excessif d'autant que cette immunité n'est guère absolue et que le législateur a bien prévu la possibilité d'une levée de ladite immunité « *selon les circonstances* ».

Ainsi, l'immunité d'un juge a été levée en 2016 par le Conseil des ministres, pour des fautes de gestion.

Il s'ensuit que l'immunité d'un arbitre ou d'un juge qui se rendrait coupable de fautes dans l'administration ou la conduite d'un arbitrage peut être levée à tout moment par le Conseil des ministres.

Il convient de faire observer que cette « immunité arbitrale » ne constitue pas une spécificité de l'arbitrage CCJA.

Aux termes de l'article 41 du Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale de 2014, « *les arbitres [...] la Cour et ses membres [...] ne sont responsables envers personne d'aucun fait, d'aucun acte ou d'aucune omission en relation avec un arbitrage, sauf dans la mesure où une telle limitation de responsabilité est interdite par la loi applicable* ».

1. P. MEYER, *Commentaires du Règlement d'arbitrage de la CCJA*, Code Vert, 2016.

En droit français, la jurisprudence a jugé que « l'arbitre bénéficie en tant que juge, d'une immunité juridictionnelle de sorte qu'il n'est responsable que de sa faute personnelle qui, pour engager sa responsabilité, doit être équipollente au dol, constitutive d'une fraude, d'une faute lourde ou d'un déni de justice »².

En Angleterre, l'article 9 de l'Arbitration Act de 1996 dispose qu'un « arbitre n'est aucunement responsable des actes ou omissions intervenus dans le cadre de l'accomplissement ou de l'accomplissement supposé de ses fonctions d'arbitre à moins qu'il ne soit démontré que l'acte ou l'omission en cause résulterait de la mauvaise foi ».

Le juge américain reconnaît qu'il est opportun d'étendre « l'immunité aux arbitres pour les actes entrant dans le champ de leur mission et de leur compétence [...] »³ et que « les arbitres sont complètement exemptés de responsabilité civile pour tous les actes qui rentrent dans le champ de la procédure d'arbitrage »⁴.

Cette immunité est également consacrée par la Convention CIRDI qui dispose en son article 19 : « Afin de pouvoir remplir ses fonctions, le centre jouit, sur le territoire de chaque État contractant, des immunités et des privilèges définis à la présente section [...] ».

L'article 21 ajoute que « le Président, les membres du Conseil administratif, les personnes agissant en qualité de conciliateurs, d'arbitres [...] et les fonctionnaires et employés du secrétariat ne peuvent faire l'objet de poursuites en raison d'actes accomplis par eux dans l'exercice de leurs fonctions, sauf si le centre lève cette immunité [...] ».

2. Cass. 1^{re} civ., 15 janv. 2014, n° 11-17.196, Azran, *Bull. civ.* 2014, 1, n° 1.

3. *Affaire Corey V. New York Stock Exchange*, 691 F.2d 1205 ; 1982.

4. *Austern V. Chicago Board Options Exchange, inc.*, 898 F.2d 882, 2d Cir. 1990.

Chapitre 2

Procédure devant la Cour commune de justice et d'arbitrage

Article 2 – Mission de la Cour commune de justice et d'arbitrage

2.1 La mission de la Cour est d'administrer, conformément au présent Règlement, une procédure arbitrale lorsqu'un différend d'ordre contractuel, en application d'une convention d'arbitrage, lui est soumis par toute partie à un contrat, soit que l'une des parties a son domicile ou sa résidence habituelle dans un des États Parties, soit que le contrat est exécuté ou à exécuter, en tout ou partie, sur le territoire d'un ou de plusieurs États Parties.

La Cour peut également administrer des procédures arbitrales fondées sur un instrument relatif aux investissements, notamment un code des investissements ou un traité bilatéral ou multilatéral relatif aux investissements.

2.2 La Cour ne tranche pas elle-même les différends. Elle nomme ou confirme les arbitres. Elle est informée du déroulement de l'instance et examine les projets de sentence.

2.3 Le fonctionnement de la Cour en matière d'arbitrage est régi par son Règlement intérieur adopté en assemblée générale. Ce Règlement est exécutoire après son approbation par le Conseil des ministres statuant dans les conditions prévues à l'article 4 du Traité.

1. Extension du champ d'application de l'arbitrage CCJA

Aux termes de l'article 21 du Traité Ohada, « *En application d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage, toute partie à un contrat [...] peut soumettre un différend d'ordre contractuel à la procédure d'arbitrage prévue par le présent titre* ».

L'expression « toute partie à un contrat » vise toute personne physique ou morale, y compris l'État ou toute personne morale de droit public.

Le législateur fait allusion à des différends d'ordre contractuel ayant un lien de rattachement quelconque avec l'espace Ohada, « *soit que l'une des parties ait son domicile ou sa résidence habituelle dans un des États Parties, soit que le*

contrat soit exécuté ou à exécuter, en tout ou partie, sur le territoire d'un ou plusieurs États Parties ».

La notion de « différends d'ordre contractuel » est particulièrement large et prend en compte toutes sortes de contrats, quelle que soit leur nature juridique, qu'il s'agisse de contrats civils, administratifs, commerciaux, internes ou internationaux...

Les litiges relatifs à l'exécution ou à la rupture d'un contrat de travail peuvent-ils être soumis à la procédure d'arbitrage de la CCJA ?

A priori, aucune disposition du Traité ou du Règlement d'arbitrage de la CCJA n'exclut les contrats de travail de la compétence de la CCJA en matière d'arbitrage. En outre selon un principe général de droit, « *il ne faut pas distinguer là où la loi n'a pas distingué* ». Or le législateur Ohada, en visant les « *différends contractuels* », ne fait aucune différence entre les contrats.

En outre, la CCJA a rejeté le recours en contestation de validité d'une sentence arbitrale statuant sur la rupture d'un contrat de travail¹.

Dans le dispositif de la sentence querellée, le tribunal arbitral déclare « *qu'il y a rupture avant terme et sans motifs légitimes du contrat de travail à durée déterminée [...]* ».

Dans son recours, la requérante « *reproche au tribunal arbitral d'avoir statué dans le cadre du litige en retenant l'existence d'une convention d'arbitrage résultant de l'article 22 du contrat de travail [...] alors que ses termes ne permettent pas de dire qu'elle renvoie à l'arbitrage institutionnel de la CCJA comme l'affirme le tribunal arbitral [...]* ».

La haute juridiction communautaire décide que les « *règles d'arbitrage de l'Ohada* » visées dans la clause compromissoire « *renvoient indiscutablement aux dispositions du Titre IV du Traité consacré à l'arbitrage institutionnel de la CCJA [...] que dès lors, c'est à bon droit que le tribunal arbitral s'est déclaré compétent pour connaître du litige à lui soumis [...]* ».

Ainsi, la Cour n'a pas annulé la sentence arbitrale qui s'est prononcée sur un contrat de travail ; elle n'a pas non plus remis expressément en cause l'arbitrabilité des litiges liés à l'exécution ou à la rupture du contrat de travail.

Des parties n'ayant aucun lien avec l'espace Ohada, peuvent-elles recourir à l'arbitrage CCJA dans le cadre de leur convention d'arbitrage ?

1. Arrêt CCJA-Ohada n° 111/2017 du 11 mai 2017, *National Financial Credit Bank c/Cheikh Ibra Fall NDIAYE*.

Une partie de la doctrine considère qu'il faut absolument un lien avec l'espace Ohada compte tenu des termes de l'article 21 du Traité².

Toutefois, si l'on se réfère aux principes généraux applicables en matière d'arbitrage qui consacrent le respect de la commune volonté des parties, il est permis de penser que dès lors que la convention d'arbitrage conclue vise expressément la CCJA-Ohada, il y a lieu de mettre en œuvre la procédure d'arbitrage, même en l'absence de lien de rattachement avec l'espace Ohada.

Si l'alinéa premier de l'article 2.1 du Règlement d'arbitrage reprend l'essentiel des dispositions du Traité, l'alinéa 2 dudit article étend expressément le champ d'application de l'arbitrage CCJA aux arbitrages d'investissement.

Il s'ensuit que le recours à l'arbitrage CCJA suppose, soit l'existence d'une convention d'arbitrage visant la Cour, soit celle d'un « *instrument relatif aux investissements, notamment un code d'investissements ou un traité bilatéral ou multilatéral relatif aux investissements* ».

Hormis les différends d'ordre contractuel, l'arbitrage CCJA a aussi vocation à prendre en compte le contentieux relatif aux investissements. Ainsi, lorsque les traités bilatéraux, multilatéraux ou les codes d'investissements prévoient le recours à une procédure d'arbitrage, il est loisible à l'investisseur de saisir la CCJA d'une requête dès lors que l'arbitrage d'investissement est expressément intégré dans le champ de compétence de la Cour.

Les investisseurs qui s'adressaient généralement au Centre International de Règlement des Différends Relatifs aux Investissements (CIRDI), ont désormais la possibilité de saisir la CCJA, dans le cadre des arbitrages d'investissement.

2. Attributions administratives

L'article 2.2 est relatif aux attributions administratives de la Cour ; celle-ci n'interfère pas dans les fonctions juridictionnelles qui relèvent de la compétence exclusive du tribunal arbitral. En tant qu'institution d'arbitrage, la Cour encadre le processus arbitral, en procédant notamment à la nomination ou à la confirmation des arbitres.

3. Règlement intérieur

Le législateur Ohada accorde une grande liberté à la Cour dans l'organisation de ses services en matière d'administration des procédures d'arbitrage. Le Règlement intérieur en matière d'arbitrage actuellement en vigueur a été adopté le 2 juin 1999 par l'Assemblée générale de la Cour. Aux termes

2. P. MEYER, *Commentaire du Règlement d'arbitrage de la CCJA*, Code Vert, Éd. 2016, p. 195.

de l'article 2.2 dudit Règlement intérieur, « *La Cour [...] siège soit en Assemblée plénière soit en formation restreinte* ».

La formation restreinte comprend un Président et deux membres désignés par ordonnance du Président. Le Président de la Cour préside la formation restreinte. Il peut désigner un Vice-Président de la Cour pour le remplacer en cas d'empêchement³.

En pratique, il a été mis en place au sein de la Cour deux formations restreintes présidées par chacun des deux Vice-Présidents.

En cas d'urgence, l'article 2.4 du Règlement intérieur donne la possibilité au Président de la Cour de prendre « *les décisions nécessaires à la mise en place et au bon déroulement de la procédure arbitrale, sous réserve d'en informer la Cour à sa prochaine réunion [...] Il peut déléguer ce pouvoir à un membre de la Cour sous la même condition* ».

3. Cf. article 6 du Règlement intérieur.

Article 3 – Désignation des arbitres

3.1 Le différend peut être tranché par un tribunal arbitral constitué par un arbitre unique ou par trois arbitres.

Lorsque les parties sont convenues que le différend sera tranché par un arbitre unique, elles peuvent le désigner d'un commun accord pour confirmation par la Cour. À défaut d'accord entre les parties dans un délai de trente (30) jours à partir de la notification de la demande d'arbitrage à l'autre partie, l'arbitre est nommé par la Cour.

Lorsque trois arbitres ont été prévus, chacune des parties, dans la demande d'arbitrage ou dans la réponse à celle-ci, désigne un arbitre indépendant pour confirmation par la Cour. Si l'une des parties s'abstient, la nomination est faite par la Cour. Le troisième arbitre, qui assume la présidence du tribunal arbitral, est nommé par la Cour, à moins que les parties n'aient prévu que les arbitres qu'elles ont désignés devraient choisir le troisième arbitre dans un délai déterminé. Dans ce dernier cas, il appartient à la Cour de confirmer le troisième arbitre. Si à l'expiration du délai fixé par les parties ou imparti par la Cour, les arbitres désignés par les parties n'ont pu se mettre d'accord, le troisième arbitre est nommé par la Cour.

Si les parties n'ont pas fixé d'un commun accord le nombre des arbitres, la Cour nomme un arbitre unique, à moins que le différend ne lui paraisse justifier la désignation de trois arbitres. Dans ce dernier cas, les parties disposent d'un délai de quinze (15) jours pour procéder à désignation des arbitres.

Lorsque plusieurs demandeurs ou défendeurs doivent présenter à la Cour des propositions conjointes pour la nomination d'un arbitre et que celles-ci ne s'accordent pas dans les délais impartis, la Cour peut nommer la totalité du tribunal arbitral.

3.2 Les arbitres peuvent être choisis sur la liste des arbitres établie par la Cour et mise à jour annuellement. Les membres de la Cour ne peuvent pas être inscrits sur cette liste.

3.3 Pour nommer les arbitres, la Cour peut solliciter l'avis des experts visés à l'alinéa 6 du paragraphe 1.1 de l'article premier et tient compte notamment de la nationalité des parties, du lieu de résidence de celles-ci et celui de leur conseil et des arbitres, du siège de l'arbitrage, de la langue des parties, de la nature des questions en litige, de la disponibilité des arbitres et, éventuellement, du droit applicable au différend.

Lorsqu'elle doit nommer un ou plusieurs arbitres, la Cour y procède aussi rapidement que possible et, sauf convention contraire des parties, selon la procédure suivante :

- a) Le Secrétaire général communique à chacune des parties une liste identique établie par la Cour et comportant au moins trois noms ;
- b) Dans un délai fixé par le Secrétaire général, chaque partie lui renvoie cette liste sur laquelle elle indique les noms des arbitres par ordre de préférence et, le cas échéant, raye le ou les noms auxquels elle s'oppose ;
- c) Après expiration du délai fixé par le Secrétaire général, la Cour nomme le ou les arbitres sur la base des noms approuvés sur les listes qui lui ont été renvoyées, et conformément à l'ordre de préférence indiqué par les parties.

Si, pour quelque motif que ce soit, la nomination ne peut pas être faite en vertu de cette procédure, la Cour peut exercer son pouvoir discrétionnaire pour nommer un ou plusieurs arbitres.

1. Constitution du tribunal arbitral et confirmation des arbitres

L'arbitrage CCJA n'admet que deux options dans le cadre de la constitution du tribunal : un arbitre unique ou un collège arbitral de trois membres, choisi, conformément à la volonté des parties.

Que se passe-t-il lors que les parties optent pour un collège arbitral de plus de trois membres dans l'hypothèse notamment d'un arbitrage multipartite ? Le Règlement d'arbitrage est muet sur cette question. Faudra-t-il se conformer à la commune volonté des parties ou appliquer les dispositions du Règlement de la Cour ?

Relativement à la constitution du tribunal arbitral, la Cour n'intervient qu'en cas d'inertie ou de désaccord des parties. En tout état de cause, elle se prononce à l'ultime étape de la constitution du tribunal arbitral, soit pour confirmer les arbitres choisis par les parties, soit pour procéder directement à la nomination desdits arbitres.

La confirmation permet à la Cour, à l'instar de la plupart des institutions d'arbitrage, de s'assurer que l'arbitre désigné remplit les conditions requises.

2. Constitution du tribunal arbitral et arbitrage multipartite

L'article 3.1 dernier alinéa régit ce que la doctrine a désigné sous l'expression « Arbitrage multipartite ». Il s'agit de la procédure opposant un ou plusieurs demandeurs à un ou plusieurs défendeurs dont les intérêts peuvent être divergents.

Dans l'arrêt *Dutco*, la Cour de cassation française a considéré que le fait qu'en cas de désaccord sur le choix de l'arbitre commun, chacune des parties co demanderesse ou co défenderesse ne puisse pas désigner un arbitre, constituait une violation du principe d'égalité de traitement des parties. Elle a jugé qu'un tel principe avait un caractère d'ordre public¹.

Cet arrêt a conduit beaucoup de centres d'arbitrage tels que la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI) à modifier leur règlement d'arbitrage, afin de prendre en compte les spécificités de l'arbitrage multipartite².

Les règlements d'arbitrage disposent ainsi que l'organisme d'arbitrage puisse nommer l'arbitre unique ou la totalité des membres du tribunal arbitral afin de préserver l'égalité de traitement des parties. Le législateur Ohada a ainsi prévu que la Cour puisse « nommer la totalité du tribunal arbitral ».

3. Liste d'arbitres

À l'instar de certains organismes d'arbitrage tels que le CIRDI, la CCJA dispose d'une liste d'arbitres mise à jour annuellement. Même si cette liste comporte des personnalités provenant d'horizons divers, sans aucune restriction tenant à la nationalité, elle ne s'impose ni aux parties ni à la Cour qui demeurent totalement libres de procéder à toute désignation d'arbitres en dehors de ladite liste.

Afin d'éviter tout conflit d'intérêts et de préserver l'indépendance des tribunaux arbitraux, les membres de la Cour ne peuvent ni être inscrits sur cette liste ni être désignés comme arbitres par les parties. Il est prévu une incompatibilité absolue entre les fonctions de membres de la Cour et celles d'arbitres au sein de ladite Cour.

Lorsque la Cour est appelée à nommer des arbitres, elle est tenue de se conformer à une procédure en adéquation avec la commune volonté des parties ou avec les standards internationaux relatifs à la transparence et à l'indépendance desdits arbitres.

Ainsi la liste des arbitres proposée aux parties par la Cour doit comporter nécessairement au moins trois noms. Une grande marge de manœuvre est ainsi laissée aux parties dans l'établissement de l'ordre de préférence.

1. Cass. 1^{re} civ., 7 janv. 1992, *Bull. civ. I*, n° 2 ; l'arrêt *Dutco*, *Rev. arb.*, p. 470, note P. BELLET ; *JDI* 1992, p. 707, note Ch. JARROSSON.
2. O. CAPRASSE, « la constitution du tribunal arbitral en cas d'arbitrage multipartite », *RDAI* 2006, n° 2, p. 197-215 ; J.-L. DEVOLVÉ, « l'arbitrage multipartite en 1992 », *Bull. ASA* 1992, p. 154 ; Ph. FOUCARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, n° 792, p. 485 ; É. LOQUIN, « Nouvelles lumières sur l'arbitrage multipartite », *RTD com.* 1994, p. 251.

Il s'ensuit que la Cour n'impose pas aux parties des arbitres qu'elles ne souhaitent pas. Elle leur propose trois arbitres au moins ; elles devront effectuer leur choix par ordre de préférence et exprimer expressément leurs objections.

Il résulte de ce qui précède que la Cour peut proposer plus de trois arbitres aux parties afin d'élargir les possibilités de choix.

La nomination de la Cour n'intervient qu'après que l'arbitre pressenti aura transmis sa déclaration d'acceptation et d'indépendance, conformément à l'article 4 du Règlement ci-dessous.

La Cour peut aussi solliciter l'avis d'experts dans le processus de désignation desdits arbitres.

À titre de comparaison, la Cour internationale d'arbitrage de la CCI procède à la nomination d'arbitre sur la base d'une proposition d'un comité national ou groupe de la CCI qu'elle estime appropriée (articles 13.3 et 13.4).

L'article 5.9 du règlement d'arbitrage de la London Court of International Arbitration (LCIA) dispose que « *lors de la désignation des arbitres, une attention particulière est portée à la nature de la transaction, la nature et les circonstances du différend, à la nationalité, au lieu et aux langues des parties ainsi qu'au nombre d'arbitres* ».

Article 4 – Indépendance, récusation et remplacement des arbitres

4.1 Tout arbitre nommé ou confirmé par la Cour doit être et demeurer indépendant et impartial vis-à-vis des parties.

Il doit poursuivre sa mission jusqu'à son terme avec diligence et célérité. Avant sa nomination ou sa confirmation par la Cour, l'arbitre pressenti révèle par écrit au Secrétaire général toutes circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance. Dès réception de cette information, le Secrétaire général la communique par écrit aux parties et leur fixe un délai pour faire connaître leurs observations éventuelles.

L'arbitre fait connaître immédiatement par écrit au Secrétaire général et aux parties, toutes circonstances de même nature qui surviendraient entre sa nomination ou sa confirmation par la Cour et la notification de la sentence finale.

4.2 La demande de récusation fondée sur une allégation de défaut d'indépendance ou sur tout autre motif est introduite par l'envoi au Secrétaire général d'une déclaration précisant les faits et circonstances sur lesquels est fondée cette demande.

La demande est envoyée par la partie, à peine de forclusion, soit dans les trente (30) jours suivant la réception par celle-ci de la notification de la nomination ou de la confirmation de l'arbitre par la Cour, soit dans les trente (30) jours suivant la date à laquelle la partie introduisant la demande de récusation a été informée des faits et circonstances qu'elle évoque à l'appui de sa demande de récusation, si cette date est postérieure à la réception de la notification susvisée.

La Cour se prononce sur la recevabilité en même temps que, s'il y a lieu, sur le bien-fondé de la demande de récusation, après que le Secrétaire général a mis l'arbitre concerné, les parties et les autres membres du tribunal arbitral s'il y en a, en mesure de présenter leurs observations par écrit dans un délai approprié. Ces observations écrites sont communiquées aux autres parties et membres du tribunal arbitral.

4.3 Il y a lieu à remplacement d'un arbitre lorsque celui-ci est décédé, lorsque la Cour a admis sa récusation ou lorsque sa démission a été acceptée par la Cour.

Lorsque la démission d'un arbitre n'est pas acceptée par la Cour et que celui-ci refuse cependant de poursuivre sa mission, il y a lieu à son remplacement s'il s'agit d'un arbitre unique ou du Président d'un tribunal arbitral.

Dans les autres cas, la Cour apprécie s'il y a lieu au remplacement compte tenu de l'état d'avancement de la procédure et de l'avis des deux arbitres qui n'ont pas démissionné. Si la Cour estime qu'il n'y a pas lieu à remplacement, la procédure se poursuit et la sentence est rendue malgré le refus de concours de l'arbitre dont la démission a été refusée.

La Cour prend sa décision en ayant égard, notamment, aux dispositions de l'article 28, alinéa 2 du présent Règlement.

4.4 Il y a lieu également à remplacement d'un arbitre lorsque la Cour constate qu'il est empêché, *de jure* ou *de facto*, d'accomplir sa mission, ou qu'il ne remplit pas ses fonctions conformément au titre IV du Traité ou au présent Règlement, ou dans les délais impartis.

Lorsque, sur le fondement d'informations venues à sa connaissance, la Cour envisage l'application de l'alinéa qui précède, elle se prononce sur le remplacement après que le Secrétaire général a communiqué par écrit ces informations à l'arbitre concerné, aux parties et aux autres membres du tribunal arbitral s'il y en a, et les a mis en mesure de présenter leurs observations par écrit dans un délai approprié.

En cas de remplacement d'un arbitre qui ne remplit pas ses fonctions conformément au titre IV du Traité, au présent Règlement ou dans les délais impartis, la désignation d'un nouvel arbitre est faite par la Cour sur avis de la partie qui avait désigné l'arbitre à remplacer, sans que la Cour soit liée par l'avis ainsi exprimé.

Lorsque la Cour est informée que, dans un tribunal arbitral comptant trois personnes, l'un des arbitres, autre que le président, ne participe pas à l'arbitrage, sans pour autant avoir présenté sa démission, la Cour peut, comme indiqué au paragraphe 4.3, alinéas 3 et 4 ci-dessus, ne pas procéder au remplacement dudit arbitre lorsque les deux autres arbitres acceptent de poursuivre l'arbitrage malgré l'absence de participation d'un des arbitres.

4.5 Sitôt reconstitué, le tribunal arbitral fixe, après avoir invité les parties à faire connaître leurs observations, dans quelle mesure la procédure antérieure est reprise.

4.6 Dans tous les cas énoncés aux paragraphes 4.1 à 4.4 ci-dessus donnant lieu au remplacement d'un arbitre, le Secrétaire général met les parties et les autres arbitres en mesure de présenter leurs observations

écrites sur le remplacement et communique ces informations aux autres parties et aux membres du tribunal arbitral.

La Cour statue sans recours sur la nomination, la confirmation, la récusation ou le remplacement d'un arbitre, dans les conditions du paragraphe 3.3 de l'article 3 du présent Règlement.

1. Obligation de révélation à la charge de l'arbitre

L'arbitre pressenti est astreint à l'obligation de révélation de tout lien éventuel avec les parties ou de toutes circonstances susceptibles d'entraîner une quelconque suspicion dans l'esprit des parties. En pratique, l'arbitre remplit une déclaration d'acceptation et d'indépendance et fait connaître toutes observations éventuelles qu'il juge pertinentes.

La haute juridiction communautaire de l'Ohada a considéré que l'arbitre s'était conformé à son obligation de révélation¹.

Elle fait observer « *qu'en l'espèce, la sentence arbitrale du 16 février 2010, produite pour soutenir la demande d'annulation pour violation de l'ordre public international, n'est pas un élément nouveau susceptible de mettre en cause l'indépendance de l'arbitre ZOCK ATARA, lequel avait dans sa déclaration d'acceptation et d'indépendance en date du 23 octobre 2012 et dans le curriculum vitae qui l'accompagne [...] clairement indiqué sa qualité de fonctionnaire et de chargé pendant 14 ans du suivi du contentieux de l'État à l'international* ».

Dans un arrêt du 16 décembre 2015, la Cour de cassation française a considéré qu'un arbitre avait manqué à son obligation de révélation en ne soulignant pas l'existence d'une opération manifestement importante pour son Cabinet, lequel avait conseillé la société mère (Leucadia) de la société Caribbean Fiber Holding (CFH), alors que cette dernière était codéfendresse, aux côtés de la société Auto Guadeloupe Investissements (AGI), dans la procédure d'arbitrage qui les opposait à Columbus Acquisitions Inc. et Columbus Holdings France SAS (deux filiales de Columbus International Inc.) (Columbus) relativement à l'inexécution d'un protocole d'accord².

Elle a ainsi confirmé la décision de la cour d'appel selon laquelle l'arbitre avait manqué à son obligation de déclaration en ne révélant pas l'existence d'un conflit d'intérêts et ce d'autant que « *le fait n'était pas notoire pour la société AGI avant le début de l'arbitrage* » et qu'il s'agissait « *d'une opération manifestement importante pour le cabinet, au regard de l'ample publicité donnée par ce*

1. CCJA, Ass. plén., n° 102/2015 du 15 oct. 2015, *Léopold Ekwa Ngalle, Hélène Njanjo Ngalle c/Société Nationale d'hydrocarbures (SNH)*, Ohadata J-16-95.

2. Cass. 1^{re} civ., 16 déc. 2015, 14-26.179, *Colombus AGI*, inédit Légifrance.

dernier», si bien que « ces circonstances ignorées de la société AGI étaient de nature à faire raisonnablement douter de l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre » ;

La Cour de cassation conclut que *« la cour d'appel en a exactement déduit que, ces circonstances ignorées de la société AGI étant de nature à faire raisonnablement douter de l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre (Henri Alvarez), le tribunal arbitral était irrégulièrement constitué ».*

S'agissant de l'obligation de révélation, le juge français en a précisé les contours. La cour d'appel de Paris fait observer à juste titre que *« l'exercice des fonctions d'arbitre suppose un lien de confiance avec les parties qui doit être préservé pendant toute la durée de l'arbitrage ; qu'à cet égard, l'arbitre a l'obligation d'informer les parties de tout fait ou de toute relation ne présentant pas un caractère notoire susceptible de troubler son indépendance d'esprit ou pouvant raisonnablement aux yeux des parties avoir une incidence sur son jugement, son impartialité ou son indépendance envers l'une ou l'autre de celles-ci »*³.

Le défaut d'indépendance constitue un obstacle à la désignation de l'Avocat d'une des parties en qualité de membre du tribunal arbitral⁴.

2. Obligation d'impartialité et d'indépendance

Si le Règlement d'arbitrage du 11 mars 1999 ne faisait allusion qu'à l'indépendance de l'arbitre, le présent Règlement met également à la charge de l'arbitre une obligation d'impartialité et uniformise ainsi le statut juridique de l'arbitre dans l'espace Ohada.

Il en est ainsi du système d'arbitrage de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI qui n'a intégré expressément l'obligation d'impartialité que dans la version 2012 de son règlement.

L'impartialité suppose que l'arbitre n'ait pas de parti pris. Le législateur Ohada se conforme ainsi à l'un des principes fondamentaux de l'arbitrage, consacrés par l'International Bar Association (IBA) qui dispose que *« chaque arbitre doit être impartial et indépendant des parties au moment où il accepte sa nomination en tant qu'arbitre et doit le rester tout au long de l'instance arbitrale jusqu'à la sentence finale ou jusqu'à ce qu'il y soit autrement mis fin ».*

Afin de prévenir tout conflit d'intérêts, l'IBA a élaboré en 2004 des lignes directrices dont la version révisée a été adoptée le 23 octobre 2014⁵.

3. CA Paris, 1^{re} ch., 18 déc. 2008, n° 07/14342, Avelines Conseil.

4. CCJA, arrêt n° 001/2002, 10 janv. 2002 *CTM c/Colina Sa*, *Recueil de jurisprudence de la CCJA* numéro spécial janv. 2003, p. 16 ; *Rev. arb.* 2002-2, p. 484, note Ph. LÉBOULANGER ; OhadataJ-02-23.

5. C. CASTRES SAINT MARTIN, *Les conflits d'intérêts en arbitrage commercial international*, thèse de doctorat, 2 oct. 2015, Université Paris 2 Panthéon-Assas.

Les conflits d'intérêts ont parfois alimenté d'inquiétantes dérives dans le milieu de l'arbitrage⁶.

La cour d'appel de Paris indique que « *le caractère systématique de la désignation d'une personne donnée comme arbitre, dans les clauses compromissaires conclues par les sociétés d'un même groupe, sa fréquence et sa régularité sur une longue durée, dans des contrats identiques, ont créé les conditions d'un courant d'affaires entre cette personne et la société dudit groupe qui est partie à la procédure* »⁷.

Dans ladite affaire, l'arbitre avait été nommé cinquante et une fois par la société défenderesse au cours des dix années antérieures.

Dans l'arrêt *Sonoclest*, la Cour de cassation française décidait : « *encourt la cassation, l'arrêt rejetant le recours en annulation contre la sentence alors que le caractère systématique de la désignation d'une personne donnée par les sociétés d'un même groupe, sa fréquence et sa régularité sur une longue période, dans des contrats comparables, ont créé les conditions d'un courant d'affaires entre cette personne et les sociétés du groupe parties à la procédure* »⁸.

En cas de courant d'affaires, « *l'arbitre est tenu de révéler l'intégralité de cette situation à l'autre partie à l'effet de la mettre en mesure d'exercer son droit de révocation* ».

La jurisprudence belge a considéré que la désignation systématique d'un arbitre par le Conseil d'une partie pouvait instaurer un courant d'affaires entre eux⁹.

La cour d'appel de Paris a par ailleurs jugé que « *le défaut d'indépendance peut résulter de rapports qu'un arbitre entretient non seulement avec l'une des parties, mais également avec son Conseil* »¹⁰.

S'agissant d'un collège arbitral, dès lors que l'arbitre est désigné par chacune des parties, peut-il être totalement indépendant ? N'y a-t-il pas une sorte de dépendance psychologique entre l'arbitre et la partie qui l'a désigné ? L'arbitre peut-il se conformer à son « devoir d'ingratitude » vis-à-vis de la partie qui l'a nommé ?

La doctrine est divisée sur cette question. Certains auteurs ont estimé « *qu'il est illusoire d'espérer qu'en choisissant unilatéralement un membre du collège arbitral, une partie ne recherche pas en lui, sinon un avocat exclusivement chargé de soutenir*

6. P. LALIVE, « Inquiétantes dérives de l'arbitrage CCI », *Bull. ASA* 1995, vol. 3, p. 634, spéc. p. 640.

7. Arrêt CA de Paris 29 janv. 2004, *SA Serf c/Sté DV Construction*, *D.* 2004.31.82, note T. CLAY ; *Rev. arb.* 2005, 720, note M. HENRY.

8. Cass. 1^{re} civ., 20 oct. 2010, *Société Sonoclest Bâtiment c/Sté DV Construction*, *D.* 2010.2589, obs. X. DELPECH ; *Rev. arb.* 2011, 671.

9. TPI Bruxelles, 14 déc. 2006, *CBC Banque*, *Journ. trib.* 2007.207, note G. KEUTGEN.

10. CA Paris, 9 sept 2010, *Rev. arb.* 2011, 970.

son point de vue, du moins un arbitre favorablement disposé (ou prédisposé) à son égard »¹¹.

D'autres soutiennent en revanche « *qu'il est impossible d'admettre qu'un arbitre soit un hybride de juge et d'avocat de la partie qui l'a nommé. Les mots ont un sens, l'arbitre est un juge [...] et l'indépendance est de l'essence de la fonction d'arbitre* »¹².

Dans un arrêt du 21 février 2012, confirmé par la Cour de cassation le 13 mars 2013, la cour d'appel de Paris s'aligne sur l'argumentation du Professeur Jarrosson en indiquant que « *l'indépendance d'esprit est indispensable à l'exercice du pouvoir juridictionnel, quel qu'en soit la source, et [...] est l'une des qualités essentielles des arbitres* »¹³.

3. Récusation de l'arbitre

Lorsqu'il s'agit d'arbitrages *ad hoc*, la procédure de récusation relève du juge compétent dans l'État Partie, conformément aux dispositions de l'Acte uniforme Ohada sur le droit de l'arbitrage.

Dans l'arbitrage institutionnel de la CCJA, la Cour, en sa qualité d'organisme d'arbitrage, à l'instar de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, se prononce sur la recevabilité et le bien-fondé de la demande de récusation, dans le cadre d'une procédure contradictoire.

Le Règlement du 11 mars 1999 ne prévoyait pas de communication des observations entre toutes les parties. Cette omission avait été critiquée par la doctrine¹⁴.

Désormais, toutes les garanties de transparence sont offertes aux parties, d'autant que les motifs des décisions administratives rendues par la Cour peuvent être communiqués aux plaideurs qui le souhaitent¹⁵.

La demande de récusation est fondée sur « *une allégation de défaut d'indépendance ou tout autre motif* ». La pertinence du motif allégué est laissée à l'appréciation du demandeur et de la Cour.

Il n'existe pas d'énumération des motifs de récusation¹⁶.

Il peut dès lors s'agir d'un défaut d'impartialité, de soupçons de conflits d'intérêts. L'arbitre pourra également être récusé s'il ne dispose pas des

11. Ph. FOUCARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité sur l'arbitrage commercial*, Litec, 1996, p. 590.

12. Ch. JARROSSON, « Procédure arbitrale et indépendance des arbitres », *Rev. arb.* 1988, 748.

13. CA Paris, pôle 1, ch. 1, 21 févr. 2012, n° 10/06953, Garoube.

14. Code Vert Ohada annoté, *Jurisclope* 2016, P. 200, Commentaires P. MEYER.

15. Cf. art. 1.1 alinéa 7 RA CCJA.

16. H. VAN HOUTTE, « les critères de récusation de l'arbitre », in *Les arbitres internationaux*, colloque du 4 févr. 2005, Éditions de la société de législation comparée, Centre français de droit comparé, vol. 8, 2005, p. 95.

qualifications requises par les parties, notamment la maîtrise de la langue de l'arbitrage ou celle du droit applicable.

De façon générale, la Cour peut se référer aux lignes directrices sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international de l'International Bar Association élaborées en 2004 et révisées le 23 octobre 2014, même si elles n'ont qu'une valeur indicative.

La Cour rend des décisions administratives insusceptibles de recours. Mais s'il y a des éléments nouveaux, la partie la plus diligente peut introduire une nouvelle demande.

En droit allemand, le tribunal arbitral a une compétence *a priori* pour connaître de la demande en récusation de l'arbitre¹⁷.

Dans l'arbitrage CIRDI, aux termes de l'article 57 de la Convention de Washington, « *Une partie peut demander à la Commission ou au tribunal arbitral, la récusation d'un de ses membres pour tout motif impliquant un défaut manifeste des qualités requises par l'article 14 alinéa 1* ».

L'article 14 (1) de la Convention de Washington sur le CIRDI dispose que « *les personnes désignées pour figurer sur les listes doivent jouir d'une haute considération morale, être d'une compétence reconnue en matière juridique, commerciale, industrielle ou financière et offrir toute garantie d'indépendance dans l'exercice de leurs fonctions* ».

Le Conseil administratif du CIRDI a été saisi par la République de Guinée, d'une demande de récusation de l'arbitre Bernardo Cremades nommé par la GETMA, partie demanderesse dans une procédure pendante au CIRDI¹⁸.

La Guinée invoquait les liens familiaux de l'arbitre désigné avec M. Juan Antonio Cremades, son frère, arbitre également nommé par GETMA dans la procédure d'arbitrage pendante devant la CCJA, opposant les mêmes parties et se déroulant concomitamment. Elle considère que la nomination de deux frères en qualité d'arbitres dans deux procédures d'arbitrage parallèles portant sur le même litige est de nature à susciter un doute légitime sur les garanties d'indépendance et d'impartialité offertes par Bernado Cremades.

Dans sa décision du 28 juin 2012, le CIRDI a considéré que la République de Guinée n'a pas démontré, sur la base d'éléments de preuve objectifs, l'existence d'un motif impliquant un défaut manifeste de toute garantie d'indépendance dans l'exercice de ses fonctions de l'arbitre en question.

17. Code de procédure civile allemand, art. 1037 al. 2.

18. *GETMA c/République de Guinée*, CIRDI n° ARB/11/29 du 28 juin 2012.

4. Remplacement de l'arbitre

Lorsque le tribunal arbitral se retrouve amputé d'un de ses membres, soit par décès, récusation ou démission, il est procédé au remplacement dudit arbitre, selon les conditions qui ont conduit à sa désignation. Il s'agit ainsi de procéder à la reconstitution du tribunal arbitral.

La démission de l'arbitre n'est valable que si elle est acceptée par la Cour. Il s'agit en réalité d'éviter des démissions fantaisistes qui pourraient être orchestrées par certains arbitres partisans ou de mauvaise foi pour fragiliser ou faire perdurer la procédure arbitrale.

Toutefois le refus de la démission de l'arbitre par la Cour comporte des limites. Dans l'hypothèse d'une démission concernant un arbitre unique ou le président du tribunal arbitral, le refus de la Cour est sans effet si l'arbitre refuse malgré tout de poursuivre sa mission. Dans de tels cas, il est procédé au remplacement dudit arbitre.

En tout état de cause, la Cour dispose d'un pouvoir souverain d'appréciation de l'opportunité du remplacement de l'arbitre démissionnaire, *« compte tenu de l'état d'avancement de la procédure et de l'avis des deux arbitres qui n'ont pas démissionné »*.

Il s'ensuit que nonobstant le principe de l'imparité consacré en matière d'arbitrage, la procédure peut se poursuivre valablement avec deux arbitres d'autant que *« si la Cour estime qu'il n'y a pas lieu à remplacement, la procédure se poursuit et la sentence est rendue malgré le refus de concours de l'arbitre dont la démission a été refusée »*.

Article 5 – Demande d'arbitrage

Toute partie désirant avoir recours à l'arbitrage institué par l'article 21 du Traité, et dont les modalités sont fixées par le présent Règlement, adresse sa demande au Secrétaire général.

Cette demande doit contenir :

- a) les nom, prénoms, qualités, raison sociale et adresses postale et électronique des parties avec indication d'élection de domicile pour la suite de la procédure ;
- b) la convention d'arbitrage liant les parties, qu'elle résulte d'un contrat ou de tout autre instrument ou, le cas échéant, l'indication de l'instrument relatif aux investissements sur lequel est fondée la demande ;
- c) un exposé sommaire du différend, des prétentions du demandeur et des moyens produits à l'appui, ainsi que l'énoncé du montant de ses demandes ;
- d) toutes indications utiles et propositions concernant le nombre et le choix des arbitres ;
- e) les conventions intervenues entre les parties sur le siège de l'arbitrage, la langue de l'arbitrage, la loi applicable à la convention d'arbitrage, à la procédure de l'arbitrage et au fond du litige ; à défaut de telles conventions, les souhaits du demandeur à l'arbitrage sur ces différents points sont exprimés.

La demande doit être accompagnée du montant du droit prévu pour l'introduction des instances dans le barème des frais de l'Annexe II au présent Règlement.

Le Secrétaire général notifie immédiatement aux défendeurs, la date de réception de la demande, joint à cette notification un exemplaire de la requête avec toutes les pièces annexées, un exemplaire du présent Règlement et accuse réception de sa requête au demandeur. Le Secrétaire général peut exiger une preuve du pouvoir de tout représentant d'une partie agissant au nom du ou des demandeurs.

La date de réception par le Secrétaire général de la demande d'arbitrage, conformément au présent article, constitue la date de l'introduction de la procédure d'arbitrage.

Si la demande d'arbitrage n'est pas accompagnée du montant du droit visé à l'alinéa 3 du présent article, ou si la demande du Secrétaire général de lui adresser un nombre d'exemplaires suffisant de la requête et de toutes pièces n'est pas satisfaite, le Secrétaire général peut impartir un

délai au demandeur pour satisfaire à ces demandes et, en cas de besoin, proroger ce délai. À son expiration, la demande d'arbitrage sera classée sans que cela fasse obstacle à la réintroduction des mêmes demandes à une date ultérieure, dans une nouvelle demande d'arbitrage.

1. Mentions obligatoires

La requête aux fins d'arbitrage doit comporter un certain nombre de mentions ou de pièces obligatoires, notamment soit la convention d'arbitrage visant l'arbitrage institutionnel de la CCJA-Ohada, soit l'indication de l'instrument relatif aux investissements sur lequel est fondée la demande.

Si la requête est incomplète, le Secrétaire général peut impartir un délai au demandeur, afin qu'il procède à la régularisation ou qu'il se conforme aux dispositions impératives de l'article 5.

Conformément à l'article 1^{er} de la décision n° 004/99/CCJA du 3 février 1999, la demande doit être accompagnée du versement du montant du droit prévu pour l'introduction des demandes qui s'élève à deux cent mille (200 000) francs CFA.

Les parties peuvent se faire représenter par toute personne librement désignée par elles. Le Secrétaire général peut « *exiger une preuve du pouvoir de tout représentant d'une partie agissant au nom du ou des demandeurs* ».

2. Présence facultative de l'avocat

Il s'ensuit que la présence d'avocat n'est nullement exigée dans l'arbitrage CCJA-Ohada. La haute juridiction communautaire l'a affirmé par arrêt n° 099/2014 du 30 octobre 2014, dans l'affaire *Sogefco SA c/Celtel Congo devenue Airtel Congo SA* :

« Attendu que l'analyse de la requête de Sogefco en contestation de la validité de la sentence arbitrale du 23 juillet 2012 révèle qu'elle n'est fondée que sur un seul motif tiré de la violation de l'ordre public international en ce que le tribunal arbitral a reçu les écritures d'un Avocat condamné à une peine d'emprisonnement et qui, en conséquence, se trouve dans l'impossibilité d'agir au nom de Airtel ;

Mais attendu qu'aux termes de l'article 19.1 alinéa 3 sus-évoqué du Règlement d'arbitrage de la Cour de céans, le ministère d'avocat n'est pas obligatoire dans une procédure d'arbitrage [...] ».

3. Transmission de la requête au défendeur

Dans le règlement d'arbitrage du 11 mars 1999, il appartenait au demandeur de notifier la requête à la partie défenderesse et de transmettre le justificatif de ladite notification au Secrétaire général.

Dans le présent Règlement, la transmission de la requête au défendeur fait partie intégrante des attributions du Secrétaire général. Elle contribue ainsi à renforcer la transparence du système d'arbitrage de la CCJA en limitant les risques liés à une transmission incomplète de la requête de bonne ou mauvaise foi.

Le Règlement d'arbitrage de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale en vigueur depuis le 1^{er} mars 2017 comporte une procédure identique (cf. art. 4.5).

Il en est de même en ce qui concerne la procédure d'arbitrage de l'OAPI qui prévoit un mode opératoire similaire¹.

1. Art. 4.5 du règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage et de médiation de l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle du 7 déc. 2016 en vigueur depuis le 1^{er} janv. 2018.

Article 6 – Réponse à la demande

Le ou les défendeurs doivent, dans les trente (30) jours à compter de la date de réception de la notification de la demande d'arbitrage par le Secrétaire général, adresser leurs réponses à celui-ci.

Dans le cas visé à l'alinéa 2 du paragraphe 3.1 de l'article 3 du présent Règlement, l'accord des parties doit être réalisé dans le délai de trente (30) jours prévu audit article.

La réponse doit contenir :

- a) confirmation ou non de ses nom, prénoms, raison sociale et adresse tels que les a énoncés le demandeur, avec élection de domicile pour la suite de la procédure ;
- b) confirmation ou non de l'existence d'une convention d'arbitrage résultant d'un contrat ou de tout autre instrument entre les parties renvoyant à l'arbitrage en vertu du présent Règlement ;
- c) un bref exposé du différend et de la position du défendeur sur les demandes formées contre lui avec indication des moyens et des pièces sur lesquelles il entend fonder sa défense ;
- d) les réponses du défendeur sur tous les points traités par la demande d'arbitrage sur les rubriques (d) et (e) de l'article 5 ci-dessus.

Abréviation du délai de transmission de la réponse à la demande

Le précédent Règlement d'arbitrage de la CCJA, du 11 mars 1999, imposait un délai de quarante-cinq jours au défendeur pour transmettre sa réponse à la demande. Soucieux de la célérité de la procédure arbitrale, le législateur Ohada prévoit désormais un délai de trente jours.

Ce délai est identique à celui de la plupart des règlements des organismes internationaux d'arbitrage tels que ceux de la Chambre de commerce internationale (cf. art. 5.1), du Centre d'arbitrage et de médiation de l'OAPI (cf. art. 5.1), du Hong Kong International Arbitration Centre (cf. art. 5.1 du Règlement d'arbitrage de 2013). L'article 4.1 du règlement d'arbitrage type de la CNUDCI prévoit un délai de trente jours également.

Le législateur Ohada ne donne aucune indication sur les modalités de transmission de la réponse au demandeur. Toutefois, afin de respecter le parallélisme des formes et l'égalité entre les parties, cette obligation devrait être à la charge du Secrétaire général.

Article 7 – Réponse à la demande reconventionnelle

Si le défendeur a formé dans sa réponse une demande reconventionnelle, le demandeur peut, dans les trente (30) jours de la réception de sa réponse, répondre à cette demande par une note complémentaire.

Note complémentaire

Il est loisible au demandeur de transmettre une note complémentaire si le défendeur forme une demande reconventionnelle. Le Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale prévoit le même dispositif à l'article 5.6.

Article 8 – Provision pour frais de l'arbitrage

Après réception de la demande d'arbitrage, de la réponse et, éventuellement, de la note complémentaire telles que visées aux articles 5, 6 et 7 ci-dessus, ou passé les délais pour les recevoir, le Secrétaire général saisit la Cour pour la fixation de la provision pour les frais de l'arbitrage, la mise en œuvre de celui-ci et, s'il y a lieu, la fixation du lieu de l'arbitrage.

Le dossier est envoyé à l'arbitre quand le tribunal arbitral est constitué et que les décisions prises en application du paragraphe 11.2 de l'article 11 du présent Règlement pour le paiement de la provision ont été satisfaites.

1. Mise en œuvre de l'arbitrage

Il s'agit ici de l'hypothèse dans laquelle il n'y a pas de contestation sur l'existence, la validité ou la portée de la convention d'arbitrage. Les parties sont convenues d'avoir recours à l'arbitrage CCJA et ont satisfait aux exigences des articles 5, 6 et le cas échéant de l'article 7 du règlement.

Il appartient ainsi au Secrétaire général de saisir la Cour aux fins d'accomplissement des diligences suivantes par le biais de décisions administratives : mise en œuvre de l'arbitrage, fixation de la provision, du siège et constitution du tribunal arbitral.

2. Fixation de la provision

La Cour fixe le montant de la provision pour les frais de l'arbitrage, conformément aux dispositions de l'article 24.3 du présent Règlement. Il s'agit d'un montant provisoire fixé par la Cour au début du processus arbitral. Ce montant comprend les honoraires du tribunal arbitral et les frais administratifs de la Cour, suivant le barème prévu par la décision n° 004/99/CCJA du 3 février 1999 relative aux frais d'arbitrage. Il prend également en compte les frais de fonctionnement du tribunal arbitral, les frais éventuels des arbitres, les honoraires et frais des experts en cas d'expertise. Le montant de la provision peut faire l'objet de réajustement en cours de procédure, compte tenu des circonstances. Au terme du processus arbitral, la Cour fixe le montant définitif des frais de la procédure.

3. Siège de l'arbitrage

Lorsque les parties n'ont pas prévu le lieu de l'arbitrage dans leur convention d'arbitrage et qu'elles ont exprimé des opinions divergentes dans la

requête et dans la réponse à la demande, il appartient à la Cour de fixer le siège de l'arbitrage avant la transmission du dossier au tribunal arbitral (cf. art. 13 du Règlement).

Les juridictions étatiques des pays (hors Ohada) du siège de l'arbitrage étant compétentes pour connaître des recours contre la sentence au même titre que la CCJA, la Cour fixe désormais le siège de l'arbitrage dans l'espace Ohada afin d'éviter les risques de contrariétés de décisions.

Elle prend cependant soin d'indiquer que nonobstant ce choix, le tribunal arbitral, en accord avec les parties, peut tenir ses réunions dans toute autre ville, même en dehors de l'espace Ohada. De telles réunions ne remettent nullement en cause le choix du siège de l'arbitrage.

4. Modalités de constitution du tribunal arbitral

Il appartient également à la Cour de clarifier les modalités de constitution du tribunal arbitral, conformément à l'article 3 du présent Règlement. Si les parties n'ont pas prévu le nombre d'arbitres et qu'il y a un désaccord sur ce point, la Cour nomme un arbitre unique, à moins que le différend ne lui paraisse justifier la désignation de trois arbitres.

Les différentes décisions administratives prises par la Cour sont notifiées aux parties par le Secrétaire général.

5. Transmission du dossier au tribunal arbitral

Le Secrétaire général ne peut transmettre le dossier au tribunal arbitral qu'après que les parties auront, soit versé l'intégralité de la provision fixée par la Cour, soit fourni une caution bancaire ou celle d'un établissement financier ou d'une compagnie d'assurances jugée satisfaisante par la Cour.

Article 8-1 – Intervention forcée

8-1.1 La partie qui souhaite faire intervenir une personne liée par la convention d'arbitrage, mais étrangère à la procédure arbitrale, soumet au Secrétaire général une demande d'arbitrage contre celle-ci.

Avant la constitution du tribunal arbitral, la Cour peut fixer un délai pour soumettre les demandes d'intervention.

Si, au moment de la demande d'intervention, le tribunal a été déjà constitué ou l'un de ses membres nommé ou, le cas échéant, confirmé, l'intervention est déclarée irrecevable, à moins que les parties et l'intervenant en conviennent autrement et que le tribunal arbitral l'admette en tenant compte de l'état d'avancement de la procédure arbitrale.

La date de réception de la demande d'intervention par le Secrétaire général est considérée, à toutes fins, comme celle de l'introduction de la procédure d'arbitrage contre la partie intervenante.

8-1.2 La demande d'intervention contient les éléments suivants :

- a) la référence du dossier de la procédure existante,
- b) les nom et dénominations complètes, qualités, adresses postale et électronique de chacune des parties, y compris la partie intervenante, et
- c) les éléments requis à l'article 5, alinéa 2.b, c, d et e du présent Règlement

8-1.3 La demande d'intervention n'est transmise par le Secrétaire général qu'à condition qu'elle soit accompagnée du nombre d'exemplaires requis au paragraphe 12.1 de l'article 12 du présent Règlement et du montant du droit prévu pour l'introduction des procédures dans le barème des frais de l'Annexe II.

8-1.4 La partie intervenante soumet une réponse conformément, et sous réserve des changements nécessaires, aux dispositions de l'article 6 du présent Règlement ou, si le tribunal arbitral a déjà été constitué, selon les directives de ce dernier. Elle peut former des demandes contre toute autre partie conformément aux dispositions de l'article 7 ci-dessus.

Intervention des tiers

L'intervention des tiers dans la procédure d'arbitrage constitue une innovation majeure du règlement de la CCJA du 23 novembre 2017. Elle se justifie notamment dans l'hypothèse des groupes de contrats.

S'agissant de l'intervention forcée, le tiers qu'une des parties souhaite faire intervenir doit être lié par la convention d'arbitrage « *mais étrangère à la procédure* arbitrale ». Il s'ensuit que compte tenu de l'effet relatif des conventions d'arbitrage, le tiers non-signataire de la clause d'arbitrage ne peut être contraint de participer à une procédure arbitrale sous l'égide de la CCJA.

Les demandes d'intervention sont nécessairement soumises au Secrétaire général avant la constitution du tribunal arbitral.

Cette procédure est également prévue par les règlements des centres suivants : London Court of International Arbitration (cf. art. 22.1), Chambre de commerce internationale (cf. art. 7), Organisation africaine de la propriété intellectuelle (cf. art. 7), Hong Kong International Arbitration Centre (cf. art. 27.6).

La demande d'intervention est accompagnée du règlement de la somme de deux cent mille (200 000) francs CFA représentant le droit d'introduction des procédures.

Article 8-2 – Intervention volontaire

Aucune intervention volontaire n'est admissible avant la constitution du tribunal arbitral.

Après la constitution du tribunal arbitral, toute intervention volontaire dans une procédure d'arbitrage est subordonnée à l'approbation préalable des parties et du tribunal arbitral.

Recevabilité

Contrairement à l'intervention forcée qui est soumise avant la constitution du tribunal arbitral, l'intervention volontaire d'un tiers n'est recevable qu'après la constitution du tribunal arbitral¹.

Elle peut être l'initiative de toute personne physique ou morale qui considère que la sentence arbitrale envisagée pourrait lui faire grief.

Elle peut émaner d'une personne non liée par la convention d'arbitrage, sous réserve de l'approbation préalable des parties et du tribunal arbitral.

A contrario, si l'une des parties ou le tribunal arbitral s'oppose à cette initiative, l'intervention volontaire est rejetée.

1. A. MOURRE, « L'intervention des tiers à l'arbitrage », *Gaz. Pal.* n° 123 du 3 mai 2001, p. 21.

Article 8-3 – Pluralité des parties

8-3.1 Un arbitrage sous l'égide de la Cour peut avoir lieu entre plus de deux parties lorsqu'elles ont consenti d'avoir recours à l'arbitrage conformément au présent Règlement. Dans l'hypothèse d'un arbitrage multipartite, toute partie peut former des demandes contre toute autre partie.

8-3.2 Toute partie qui forme une demande conformément au paragraphe 8-3.1 ci-dessus fournit les éléments requis à l'article 5 du présent Règlement.

8-3.3 Dès lors que le tribunal arbitral a été saisi du dossier, il détermine la procédure à suivre pour toute nouvelle demande.

Arbitrage multipartite

L'article 8-3 du présent règlement s'intéresse à l'arbitrage multipartite. Il reproduit l'essentiel des dispositions de l'article 8 du règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale relatif aux demandes entre parties multiples. L'article 8 du règlement du Centre de médiation et d'arbitrage de l'OAPI contient des dispositions similaires sur l'arbitrage multipartite.

Article 8-4 – Pluralité de contrats

8-4.1 Des demandes découlant de plusieurs contrats ou en relation avec ceux-ci peuvent être formées dans le cadre d'un arbitrage unique.

8-4.2 Lorsque ces demandes sont formées en application de plusieurs conventions d'arbitrage, il appartient au tribunal arbitral de constater que :

a) les parties sont convenues d'avoir recours à l'arbitrage conformément au présent Règlement et qu'il y a compatibilité entre ces conventions d'arbitrage, et

b) toutes les parties à l'arbitrage sont convenues de faire trancher les demandes dans le cadre d'une procédure unique.

Groupe de contrats

Les questions relatives à la pluralité de contrats ou aux groupes de contrats peuvent être prises en compte dans le cadre d'un arbitrage unique. Le législateur Ohada a repris le même dispositif que celui de l'OAPI (cf. art. 9 du règlement d'arbitrage) et celui de la Chambre de commerce internationale (art. 9 du règlement).

Article 9 – Absence de convention d'arbitrage

Lorsque, *prima facie*, il n'existe pas entre les parties de convention d'arbitrage visant l'application du présent Règlement, si la défenderesse décline l'arbitrage de la Cour ou ne répond pas dans le délai de trente (30) jours visé à l'article 6 ci-dessus, la partie demanderesse est informée par le Secrétaire général qu'il se propose de saisir la Cour en vue de la voir décider que l'arbitrage ne peut avoir lieu.

La Cour statue, au vu des observations du demandeur produites dans les trente (30) jours suivants si celui-ci estime devoir en présenter.

1. Incompétence manifeste de la CCJA

Cette disposition vise expressément l'hypothèse d'une incompétence manifeste ou évidente de la CCJA. La clause de règlement de différends invoquée par le demandeur, ne constitue pas une convention d'arbitrage ou la convention d'arbitrage alléguée, ne vise pas la CCJA ou concerne un arbitrage *ad hoc*.

Si ce postulat est établi et que le défendeur décline l'arbitrage de la Cour ou qu'il ne répond pas dans le délai de trente jours à compter de la réception de la notification de la requête, le Secrétaire général a l'obligation d'informer le demandeur, qu'il se propose d'inviter la Cour à refuser de donner suite à la demande d'arbitrage.

Le demandeur ainsi informé par les soins du Secrétaire général peut soit se contenter de prendre acte de l'initiative du Secrétaire général, soit décider de présenter des observations additionnelles. Dans ce cas, il lui est accordé un délai de trente jours pour soumettre lesdites observations.

Au vu des arguments du demandeur, la Cour rend une décision administrative :

Soit elle met en œuvre la procédure d'arbitrage compte tenu des éléments nouveaux produits par le demandeur ou parce qu'elle juge que l'observation du Secrétaire général manque de pertinence ;

Soit elle décide que l'arbitrage ne peut avoir lieu ; dans ce cas, la procédure d'arbitrage prend fin d'autant qu'aucun tribunal arbitral sous l'égide de la CCJA ne peut être mis en place et que la décision administrative ainsi rendue par la Cour est sans recours.

Cette posture a été considérée comme « autoritaire » par une partie de la doctrine¹.

Pourtant elle est conforme à celle qui a été retenue à titre d'exemple par la Chambre de commerce internationale dont l'article 6.6 du règlement d'arbitrage en vigueur depuis le 1^{er} mars 2017 dispose :

« Lorsque les parties sont informées de la décision de la Cour prise conformément à l'article 6 paragraphe 4, et selon laquelle l'arbitrage ne peut avoir lieu entre elles ou entre certaines d'entre elles, elles conservent le droit de demander à toute juridiction compétente s'il existe une convention d'arbitrage liant ces parties ou certaines d'entre elles ».

Il en résulte que la solution du législateur Ohada est conforme à la pratique internationale.

2. Commune volonté des parties de recourir à l'arbitrage CCJA

Si nonobstant l'inexistence d'une convention d'arbitrage visant expressément la CCJA, le défendeur marque son accord relativement à la mise en œuvre d'une procédure d'arbitrage sous l'égide de la CCJA, le Secrétaire général prend acte de la commune volonté des parties de recourir à l'arbitrage CCJA et saisit la cour aux fins de mise en œuvre de ladite procédure.

En tout état de cause, la décision de mise en œuvre de la procédure d'arbitrage prise par la Cour n'ayant qu'un caractère administratif, le tribunal arbitral, constitué sous l'égide de la CCJA, conserve son pouvoir souverain d'appréciation de sa propre compétence, en vertu du principe de compétence-compétence.

1. A. FÉNÉON, P.-G. POUGOUÉ et J.-M. TCHAKOUA, *Droit de l'arbitrage dans l'espace Ohada*, p. 266.

Article 10 – Effets de la convention d'arbitrage

10.1 Lorsque les parties sont convenues d'avoir recours à l'arbitrage de la Cour, elles se soumettent par là même aux dispositions du titre IV du Traité, au présent Règlement, au Règlement intérieur de la Cour, à leurs annexes et au barème des frais de l'arbitrage, dans leur rédaction en vigueur à la date de l'introduction de la procédure d'arbitrage indiquée à l'article 5 du présent Règlement.

10.2 Si l'une des parties refuse ou s'abstient de participer à l'arbitrage, celui-ci a lieu nonobstant ce refus ou cette abstention.

10.3 Lorsqu'une des parties soulève un ou plusieurs moyens relatifs à l'existence, à la validité, ou à la portée de la convention d'arbitrage, la Cour, ayant constaté *prima facie* l'existence de cette convention, peut décider, sans préjuger de la recevabilité ou du bien-fondé de ces moyens, que l'arbitrage aura lieu. Dans ce cas, il appartiendra au tribunal arbitral de prendre toutes décisions sur sa propre compétence.

10.4 Le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur sa propre compétence ainsi que sur la recevabilité de la demande d'arbitrage.

Sauf stipulation contraire, si le tribunal arbitral considère que la convention d'arbitrage est valable et que le contrat liant les parties est nul ou inexistant, le tribunal arbitral est compétent pour déterminer les droits respectifs des parties et statuer sur leurs demandes et conclusions.

1. Sources de l'arbitrage CCJA

L'article 10.1 du Règlement énumère les sources de l'arbitrage spécifique de la CCJA. La question se pose de savoir si l'Acte uniforme qui contient certaines dispositions générales a vocation à s'appliquer à l'arbitrage de la CCJA. L'analyse de la jurisprudence de la Cour relève une certaine ambiguïté.

En s'appuyant sur cette disposition (identique à la version du Règlement du 11 mars 1999), la haute juridiction communautaire a décidé dans un arrêt du 17 juillet 2008 que l'Acte uniforme Ohada sur le droit de l'arbitrage est inapplicable à l'arbitrage institutionnel de la CCJA, d'autant « [...] *qu'aux termes de l'article 10.1 du règlement d'arbitrage susvisé de la Cour de céans, lorsque les parties sont convenues d'avoir recours à l'arbitrage de la Cour, elles se soumettent par là même aux dispositions du titre IV du Traité, au présent Règlement, au Règlement intérieur de la Cour, à leurs annexes et au barème des frais de l'arbitrage, dans leur rédaction en vigueur à la date de l'introduction de la procédure d'arbitrage [...]*

que l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage ne figure pas au nombre des actes juridiques précités qui sont applicables en l'espèce à l'arbitrage institutionnel spécifique de la CCJA [...] »¹.

Dans un autre arrêt du 15 octobre 2015, la CCJA a réaffirmé sa position ainsi qu'il suit : « *qu'il est constant que l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage ne figure pas au nombre des actes juridiques précités qui sont applicables en l'espèce à l'arbitrage institutionnel spécifique de la CCJA ; qu'ainsi en application de l'article 10.1 précité, il y a lieu d'écarter les violations alléguées des articles 14 et 16 de l'Acte uniforme sur l'arbitrage, inapplicables en l'espèce [...] »².*

Dans l'arrêt *GETMA* du 19 novembre 2015, la CCJA faisait également observer : « *Attendu que les dispositions de l'article 10 de l'Acte uniforme sur l'arbitrage invoquées par la société GETMA ne sont pas applicables dans la présente espèce, s'agissant d'un arbitrage sous l'égide de la CCJA, et donc soumis au seul Règlement d'arbitrage de ladite Cour [...] »³.*

Pourtant, dans l'arrêt *Guinée Équatoriale* du 29 novembre 2011, alors qu'il s'agissait d'un arbitrage institutionnel sous l'égide de la CCJA, la haute juridiction communautaire n'a pas hésité à invoquer les dispositions de l'article 4 de l'acte uniforme Ohada du 11 mars 1999 sur l'autonomie de la convention d'arbitrage. Elle souligne :

« Mais attendu qu'aux termes des dispositions de l'article 4 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, la validité de la convention d'arbitrage "est appréciée d'après la commune volonté des parties, sans référence nécessaire à un droit étatique" ; que l'article 2 alinéa 2 du même Acte uniforme prévoit par ailleurs que les États "peuvent [...] être parties à un arbitrage, sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester [...] la validité de la convention d'arbitrage" »⁴.

Que faut-il retenir en définitive face à ces hésitations jurisprudentielles ?

Il y a lieu de considérer que l'arbitrage institutionnel de la CCJA est un arbitrage spécifique régi par le titre IV du Traité de l'Ohada, le règlement d'arbitrage du 23 novembre 2017, le règlement intérieur de la Cour, les différentes annexes ainsi que le barème des frais de l'arbitrage. Conformément au principe général de droit selon lequel, « *lex specialis derogant generalibus* ». Ces différentes dispositions ont un caractère obligatoire pour les parties dans un arbitrage sous l'égide de la CCJA.

1. CCJA, Ass. plén., arrêt n° 045/2008 du 17 juill. 2008, *Affaire Société Nationale pour la promotion Agricole dite SONAPRA c/Société des Huileries du Bénin dite SHB*, Ohadata J-09-83.
2. CCJA, Ass. plén., arrêt n° 102/2015 du 15 oct. 2015, *Léopold Ekwa Ngalle, Hélène Njanjo Ngalle c/Société Nationale d'Hydrocarbures (SNH), personnel SNH*, Ohadata J-16-95.
3. CCJA, arrêt n° 139/2015 du 19 nov. 2015, *République de Guinée c/GETMA International*.
4. CCJA, arrêt n° 012/2011 du 29 nov. 2011, *République de Guinée Équatoriale et CEMAC c/Commercial Bank Guinea Ecuatorial*.

Toutefois en cas de vide juridique, il convient de se référer au droit commun de l'arbitrage dans l'espace Ohada résultant de l'acte uniforme du 23 novembre 2017 relatif au droit de l'arbitrage.

2. Effet obligatoire de la convention d'arbitrage

L'article 10.2 affirme le principe de la poursuite de la procédure d'arbitrage, nonobstant le refus ou l'abstention d'une partie. Il s'agit d'une application du principe de l'effet obligatoire de la convention d'arbitrage à l'égard des parties signataires.

Ce point a été consacré par la jurisprudence de la CCJA. Par un arrêt du 1^{er} décembre 2016, la Cour soutenait : « *qu'au surplus, aux termes de l'article 10.2 du règlement d'arbitrage, si l'une des parties refuse de participer à l'arbitrage, celui-ci a lieu nonobstant ce refus ou cette abstention ; que l'arbitrage par défaut étant ainsi reconnu, le refus délibéré d'une personne de participer à l'arbitrage ne porte pas atteinte au principe du contradictoire* »⁵.

3. Principe de compétence-compétence

L'article 10.3 est relatif au principe de compétence-compétence qui a été consacré en droit de l'arbitrage. En application dudit principe, « *les arbitres doivent avoir l'occasion de se prononcer et de se prononcer les premiers sur les questions relatives à leur compétence, sous le contrôle ultérieur des juridictions étatiques* ». Il s'ensuit que le tribunal arbitral dispose d'une priorité chronologique pour statuer sur sa propre compétence⁶.

Ce principe a fait l'objet d'une application très discutable par la CCJA dans l'affaire *Planor Afrique* du 31 janvier 2011⁷ qui a soulevé de vives critiques de la doctrine⁸.

Le principe de compétence-compétence apparaît également à l'article 41 de la Convention CIRDI et à l'article 16 de la loi type CNUDCI sur l'arbitrage commercial.

4. Autonomie de la convention d'arbitrage

L'article 10.4 reprend le principe fondamental de l'autonomie de la convention d'arbitrage consacré par l'article 4 de l'Acte uniforme Ohada sur le droit de l'arbitrage : « *la convention d'arbitrage est indépendante du contrat*

5. CCJA, arrêt n° 160/2016 du 1^{er} déc. 2016, *CMDT, GSCVM c/IAD*.

6. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Éd. Litec 1996, p. 415.

7. CCJA, Ass. plén., arrêt n° 03/2011 du 31 janv. 2011, *Planor Afrique c/Atlantique Télécom*.

8. B. DIALLO, « Principe de compétence-compétence en matière d'arbitrage Ohada, notes sous l'arrêt *Planor Afrique c/Atlantique Télécom* », *Revue Jurifis Info*, p. 18, Ohadata D-12-04.

principal. Sa validité n'est pas affectée par la nullité de ce contrat et elle est appréciée d'après la commune volonté des parties, sans référence nécessaire à un droit étatique».

Il s'ensuit que nonobstant la nullité ou l'inexistence éventuelle du contrat principal, l'arbitre peut non seulement retenir la validité de la convention d'arbitrage, mais aussi se prononcer sur les conséquences juridiques, notamment l'octroi de dommages-intérêts.

Le Professeur Pierre Meyer a considéré que « *c'est ce pouvoir de l'arbitre de tirer, au plan substantiel, les conséquences juridiques de la nullité du contrat principal, qui permet de distinguer la règle de la compétence-compétence du principe de l'autonomie de la convention arbitrale* »⁹.

Dans l'arrêt *Guinée Équatoriale* du 29 novembre 2011, la CCJA a défini les contours de l'autonomie de la convention d'arbitrage :

« Attendu que la République de Guinée Équatoriale conteste la validité de la convention d'arbitrage et de la clause d'arbitrage qu'elle contient et qui fonde la compétence des arbitres en raison notamment du défaut de pouvoir du ministre en charge des Finances qui aurait signé ladite convention sans autorisation préalable du Premier ministre et l'avis du ministre en charge du Plan comme le prescrit impérativement la loi équato-guinéenne pour toute convention engageant l'Etat pour un montant de plus de dix millions de francs CFA ;

Mais attendu qu'aux termes des dispositions de l'article 4 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, la validité de la convention d'arbitrage "est appréciée d'après la commune volonté des parties, sans référence nécessaire à un droit étatique" ; que l'article 2 alinéa 2 du même Acte uniforme prévoit par ailleurs que les États "peuvent [...] être parties à un arbitrage, sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester [...] la validité de la convention d'arbitrage" ;

Qu'au surplus, au regard des circonstances de la signature de la Convention d'établissement, les représentants de la CBGE ayant pu croire légitimement aux pouvoirs du ministre en charge des Finances qui était aussi l'Autorité monétaire de la République de Guinée Équatoriale, celle-ci est malvenue d'invoquer sa propre réglementation pour contester la validité de la convention d'arbitrage ;

*Qu'en conséquence, c'est à bon droit que le tribunal arbitral s'est estimé compétent pour statuer sur le litige en rendant la sentence dont la validité est contestée. »*¹⁰.

9. Code Vert Ohada annoté et commenté, *Juriscope*, Commentaires P. MEYER, Éd. 2016.

10. CCJA, arrêt n° 012/2011 du 29 nov. 2011, *République de Guinée Équatoriale et CEMAC c/Commercial Bank Guinea Ecuatorial*.

Article 10-1 – Mesures provisoires

Sauf stipulation contraire, la convention d'arbitrage donne compétence au tribunal arbitral pour se prononcer sur toute demande provisoire ou conservatoire pendant le cours de la procédure arbitrale, à l'exception des demandes relatives aux sûretés judiciaires et aux saisies conservatoires.

Les sentences prononcées dans le cadre de l'alinéa qui précède sont susceptibles de demandes d'exequatur immédiates, si l'exequatur est nécessaire pour l'exécution de ces sentences provisoires ou conservatoires.

Avant la remise du dossier au tribunal arbitral et, exceptionnellement après celle-ci, au cas où l'urgence des mesures provisoires et conservatoires demandées ne permet pas au tribunal arbitral de se prononcer en temps utile, les parties peuvent demander de telles mesures à la juridiction étatique compétente.

Ces demandes, ainsi que les mesures prises par la juridiction étatique compétente, sont portées sans délai à la connaissance du Secrétaire général qui en informe le tribunal arbitral.

1. Définition des mesures provisoires ou conservatoires

Le législateur Ohada ne donne aucune définition des mesures provisoires ou conservatoires. Il faut dès lors se référer à la doctrine qui considère qu'il s'agit de mesures qui ne touchent pas au fond du différend¹.

L'article 26 du règlement type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial définit la mesure provisoire comme toute mesure temporaire par laquelle, à tout moment avant le prononcé de la sentence qui tranchera définitivement le litige, le tribunal arbitral ordonne à une partie par exemple, mais non exclusivement :

- de préserver ou de rétablir le *statu quo* en attendant que le litige ait été tranché ;
- de prendre des mesures de nature à empêcher ou de s'abstenir de prendre des mesures susceptibles de causer un préjudice immédiat ou imminent ou une atteinte au processus arbitral lui-même ;

1. S. BOND, « Nature des mesures conservatoires et provisoires », in « Mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international », publication CCI, n° 519, p. 8 ; G. KENFACK DOUJANI, « Mesures provisoires et conservatoires dans l'arbitrage Ohada », *Rev. cam. arb.*, n° 8, p. 3.

- de fournir un moyen de sauvegarder des biens qui pourront servir à l'exécution d'une sentence ultérieure, ou ;
- de sauvegarder les éléments de preuve qui peuvent être pertinents et importants pour le règlement du litige.

2. Compétence concurrente entre tribunal arbitral et juridiction étatique

Le législateur Ohada prévoit une compétence concurrente entre le tribunal arbitral et le juge étatique en ce qui concerne les mesures provisoires ou conservatoires. Ces mesures sont prévues par la plupart des règlements d'arbitrage².

Le tribunal arbitral n'est toutefois pas autorisé à se prononcer sur des sûretés judiciaires ou des saisies conservatoires.

Nonobstant l'existence d'une convention d'arbitrage visant la CCJA, avant la remise du dossier au tribunal arbitral, et exceptionnellement après celle-ci, il est permis aux parties de solliciter le concours d'un juge étatique compétent, dans le cadre des mesures provisoires ou conservatoires. Ainsi le juge des référés ou le juge en charge des procédures d'urgence pourrait être valablement sollicité.

3. Exequatur accéléré des sentences

Le tribunal arbitral peut rendre des sentences arbitrales dans le cadre des mesures provisoires et conservatoires. Ces sentences peuvent faire l'objet de demandes d'exequatur immédiates devant le Président de la CCJA.

L'exequatur est accordé par une ordonnance du Président de la cour ou d'un juge délégué à cet effet, dans un délai de trois jours à compter du dépôt de la requête à la Cour³.

L'exequatur ainsi accordé confère à la sentence un caractère exécutoire dans les dix-sept États de l'espace Ohada.

4. Un arbitre d'urgence dans l'arbitrage CCJA ?

L'utilisation de l'expression « *sauf stipulation contraire* » laisse aux parties la possibilité d'adopter des dispositions différentes en ce qui concerne le mode opératoire des mesures provisoires ou conservatoires.

2. Art. 28, règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale ; art. 30, règlement Organisation africaine de la propriété intellectuelle ; art. 23, règlement Hong Kong International Arbitration Centre ; art. 25, règlement London Court Of International Arbitration.

3. Cf. art. 30.2 alinéa 5 du règlement d'arbitrage de la CCJA.

Ainsi, rien ne s'oppose à ce que dans une convention d'arbitrage, des parties prévoient la possibilité de désigner un « *arbitre d'urgence* », dans un délai déterminé, pour se prononcer sur les mesures provisoires ou conservatoires, avant la constitution du tribunal arbitral. La rédaction particulièrement libérale du règlement d'arbitrage de la CCJA n'exclut pas de tels aménagements.

Article 11 – Provision pour frais de l'arbitrage

11.1 La Cour fixe le montant de la provision de nature à faire face aux frais de l'arbitrage entraînés par les demandes dont elle est saisie, tels que définis par l'article 24 du présent Règlement, à moins que des demandes ne soient formées conformément aux articles 8-1, 8-2 et 8-3 du présent Règlement, auquel cas le paragraphe 11.3 ci-après s'applique.

Cette provision est ensuite ajustée si le montant en litige se trouve modifié d'un quart au moins ou si des éléments nouveaux rendent nécessaire cet ajustement.

Lorsque des demandes reconventionnelles sont formées par le défendeur, la Cour peut fixer des provisions distinctes pour les demandes principales et les demandes reconventionnelles. Lorsque la Cour fixe des provisions distinctes, chaque partie doit verser les provisions correspondant à ses demandes respectives.

11.2 Les provisions sont dues par parts égales par le ou les demandeurs et le ou les défendeurs. Cependant, leur versement peut être effectué en totalité par chacune des parties pour la demande principale et la demande reconventionnelle, au cas où l'autre partie s'abstiendrait d'y faire face.

Les provisions ainsi fixées doivent être réglées à la Cour en totalité avant la remise du dossier à l'arbitre. Pour les trois quarts au plus, leur paiement peut être garanti par une caution bancaire satisfaisante.

11.3 Lorsque des demandes sont formées conformément aux articles 8-1, 8-2 et 8-3 du présent Règlement, la Cour fixe une ou plusieurs provisions et décide à quelle partie le paiement incombe ou dans quelle proportion ce paiement est partagé entre elles. Lorsque la Cour a précédemment fixé une provision conformément au présent article, celle-ci est remplacée par la ou les provisions fixées conformément au présent paragraphe. Dans ce cas, le montant de toute provision précédemment payée par une partie est considéré comme un paiement partiel par cette partie de sa part de la ou des provisions fixées par la Cour conformément au présent paragraphe.

11.4 L'arbitre n'est saisi que des demandes pour lesquelles il a été satisfait entièrement au paragraphe 11.2 ci-dessus.

Lorsqu'une demande de provision n'est pas satisfaite, la Cour, saisie par le Secrétaire général, peut inviter le tribunal arbitral à suspendre ses activités et fixer un délai qui ne saurait être inférieur à trente (30) jours, à

l'expiration duquel les demandes auxquelles correspond cette provision sont considérées comme retirées. Un tel retrait ne prive pas la partie concernée du droit de réintroduire ultérieurement la même demande dans une autre procédure.

1. Fixation et réajustement de la provision

La provision fixée par la Cour au début du processus arbitral est un montant provisoire qui a pour but de couvrir les frais liés au déroulement de la procédure. Elle comprend les honoraires du tribunal arbitral et les frais administratifs de la Cour, suivant le barème prévu par la décision n° 004/99/CCJA du 3 février 1999 relative aux frais d'arbitrage. Elle prend également en compte les frais de fonctionnement du tribunal arbitral, les frais éventuels des arbitres, les honoraires et frais des experts en cas d'expertise.

Le montant de la provision peut faire l'objet de réajustement en cours de procédure, si le montant en litige se trouve modifié d'un quart au moins *« ou si des éléments nouveaux rendent nécessaire cet ajustement »*.

Il en est ainsi par exemple lorsqu'une partie fait état de son impécuniosité ou lorsque le calendrier prévisionnel prévoit de multiples réunions ou expertises.

2. Provisions distinctes

En cas de demandes reconventionnelles formées par le défendeur et afin de ne pas pénaliser le demandeur, il est prévu que la Cour puisse fixer des provisions distinctes pour les demandes principales et les demandes reconventionnelles. Dans ce cas, les parties supportent la charge des provisions correspondant à leurs demandes respectives.

Dans le règlement d'arbitrage de 1999, les provisions distinctes ne pouvaient être fixées qu'à la demande d'une ou des parties. Désormais, la Cour peut y procéder d'office. Cette innovation paraît particulièrement opportune d'autant qu'elle est de nature à limiter les demandes reconventionnelles parfois fantaisistes.

Le recours à la justice arbitrale étant lié à la commune volonté des parties, il paraît convenable que les frais de la procédure soient supportés par les parties à parts égales. En pratique, il arrive que certaines parties défenderesses refusent de s'acquitter de leur part de provision. Dans ce cas, le versement est effectué en totalité par la partie adverse.

3. Sort des parties impécunieuses

Il convient de s'interroger sur le sort des parties impécunieuses en arbitrage qui a suscité d'importantes réflexions au niveau de la doctrine¹.

La Chambre de commerce internationale dont le règlement d'arbitrage comporte des dispositions similaires a été confrontée à cette difficulté dans le cadre d'un recours en annulation contre une sentence CCI qui a conduit à l'arrêt *Pirelli* rendu le 28 mars 2013 par la Cour de cassation française² :

« [...] que le 8 novembre 2007, la société *Pirelli* a mis en œuvre la clause d'arbitrage stipulée à l'article 34 du contrat, sous l'égide de la Chambre de commerce internationale (CCI), sollicitant la constatation que le contrat avait été résilié à bon droit et la condamnation de la société *Licensing Projects* au paiement de diverses sommes ; que, par une première sentence partielle, n'ayant pas fait l'objet d'un recours, le tribunal arbitral a retenu sa compétence au motif que, suivant la loi espagnole sur les faillites, l'ouverture d'une procédure collective ne privait pas d'effet la clause d'arbitrage lorsqu'était en cause un arbitrage international ;

Que la société *Licensing Projects* ayant formé des demandes reconventionnelles pour obtenir paiement de sommes à titre de dommages-intérêts, la Cour internationale d'arbitrage de la CCI a informé, le 25 août 2009, le tribunal arbitral et les parties que ces demandes reconventionnelles étaient considérées comme retirées, par application de l'article 30, 4° du règlement d'arbitrage de la CCI, faute de paiement de l'avance de frais par la société *Licensing Projects*, sans préjudice de la possibilité qu'elles soient présentées à nouveau dans le cadre d'une autre procédure ; que, par sentence rendue à Paris le 19 octobre 2009, le tribunal arbitral a constaté la régularité de la résiliation de la licence prononcée à l'initiative de la société *Pirelli*, essentiellement, ordonné à la société *Licensing Projects* de cesser tout usage des marques objet de la licence et l'a condamnée à payer une somme de 2 992 000 d'euros à titre de royalties impayées ;

Attendu que, pour annuler la sentence pour atteinte au droit d'accès à la justice et au principe d'égalité entre les parties, l'arrêt retient, d'abord que la décision de regarder les demandes reconventionnelles comme retirées, faute de versement de l'avance des frais, quand la société *Licensing Projects* placée en liquidation judiciaire faisait valoir qu'elle n'était pas en mesure de les payer, constitue une mesure excessive ayant eu pour effet de la priver de la possibilité de faire prononcer sur ses prétentions, la faculté pour une société en liquidation de présenter ultérieurement ces mêmes demandes dans une autre instance arbitrale présentant un caractère purement théorique ; ensuite que la circonstance que les fondements des demandes reconventionnelles de la

1. M. AKAKPO, *La protection de la partie faible dans l'arbitrage Ohada*, thèse de doctorat 6 juin 2017, L'Harmattan, 2017 ; W. BEN HAMIDA, *L'argent dans l'arbitrage*, colloque du 27 juin 2013 organisé par le Centre Léon Duguit de l'Université d'Evry-Val d'Essonne et le laboratoire Dante, Lextenso-Dalloz, 2013.
2. Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2013, *Pirelli & C. c/Licensing projects*.

société Licensing Projects s'analyseraient exclusivement comme des défenses à ses propres prétentions, auxquelles il aurait été répondu par le tribunal arbitral à l'occasion de l'examen des demandes principales, circonstance d'ailleurs non démontrée, n'est pas de nature à remédier au déséquilibre entre les parties ;

Qu'en statuant ainsi, alors que, si le refus par le tribunal arbitral d'examiner les demandes reconventionnelles peut être de nature à porter atteinte au droit d'accès à la justice et au principe d'égalité entre les parties, c'est à la condition que celles-ci soient indissociables des demandes principales, la cour d'appel, qui n'a pas recherché, comme il le lui était demandé, si tel était le cas en l'espèce, n'a pas donné de base légale à sa décision ».

La haute juridiction française s'est ainsi appuyée sur « l'atteinte au droit d'accès à la justice et au principe d'égalité entre les parties » pour entériner la remise en cause de la sentence arbitrale.

Quelle sera la posture de la CCJA sur cette question ?

Il est dommage que le législateur Ohada n'ait pas profité de la réforme pour aborder les questions liées notamment à l'assistance judiciaire en matière d'arbitrage et au financement de l'arbitrage par les tiers.

Article 12 – Notification, communication et délais

12.1 Les mémoires et toutes communications écrites présentés par toute partie, ainsi que toutes pièces annexes, sont fournis en autant d'exemplaires qu'il y a de parties plus un pour chaque arbitre et une copie électronique est envoyée au Secrétaire général.

Saisis du dossier, le tribunal arbitral ainsi que les parties adressent au Secrétaire général copie électronique de tous les échanges relatifs à la procédure.

12.2 Toutes notifications ou communications du Secrétaire général et du tribunal arbitral sont faites à l'adresse ou à la dernière adresse connue de la partie qui en est destinataire ou de son représentant, telle que communiquée par celle-ci ou par l'autre partie, le cas échéant. La notification ou la communication peut être effectuée par remise contre reçu, lettre recommandée, service de transport, courriel ou par tout autre moyen électronique permettant de fournir la preuve de l'envoi.

12.3 La notification ou la communication valablement faite est considérée comme acquise quand elle a été reçue par l'intéressé ou, si elle a été valablement effectuée conformément au paragraphe 12.2 ci-dessus, aurait dû être reçue par l'intéressé ou par son représentant.

12.4 Les délais fixés par le présent Règlement ou par la Cour commencent à courir le jour suivant celui où la notification ou la communication est considérée comme faite aux termes du paragraphe 12.3 ci-dessus.

Lorsque, dans le pays où la notification ou la communication a été considérée comme faite à une certaine date, le jour suivant celle-ci est un jour férié ou non ouvrable, le délai commence à courir le premier jour ouvrable suivant.

Les jours fériés et les jours non ouvrables sont compris dans le calcul des délais et ne rallongent pas ceux-ci. Si le dernier jour du délai imparti est un jour férié ou jour non ouvrable dans le pays où la notification ou la communication a été considérée comme faite, le délai expire à la fin du premier jour ouvrable suivant.

Après constitution du tribunal arbitral et avec l'accord de celui-ci, les parties peuvent convenir de réduire les différents délais prévus par le présent Règlement. Si les circonstances le justifient, la Cour peut, après concertation avec les parties, prolonger, à la demande du tribunal, un tel

délai ou tout autre délai résultant du présent Règlement, pour permettre au tribunal arbitral de remplir ses fonctions.

Célérité du processus arbitral

Le présent Règlement de 2017 intègre de façon expresse les moyens de communication électronique aussi bien dans le cadre de la communication entre les parties et la Cour que dans les échanges avec le tribunal arbitral ; il contribue ainsi à la célérité du processus arbitral.

Cette disposition confirme la tendance à une plus grande flexibilité du système d'arbitrage de la CCJA ; les parties peuvent librement procéder à une série d'aménagements de la procédure. Il leur est ainsi loisible de convenir d'une abréviation ou d'une réduction des délais, avec l'accord du tribunal arbitral.

Article 13 – Siège de l'arbitrage

Le siège de l'arbitrage est fixé par la convention d'arbitrage ou par un accord postérieur des parties.

À défaut, il est fixé par une décision de la Cour prise avant la transmission du dossier au tribunal arbitral.

Sauf accord contraire et après consultation des parties, le tribunal arbitral peut décider de tenir des audiences et réunions et délibérer en tout lieu qu'il considère opportun.

Lorsque les circonstances rendent impossible ou difficile le déroulement de l'arbitrage au lieu qui avait été fixé, la Cour peut, à la demande des parties, d'une partie ou de l'arbitre, choisir un autre siège.

Intérêt du choix du siège

Le siège de l'arbitrage est généralement considéré comme le lieu physique où se déroule la procédure d'arbitrage. L'on parle ainsi de conception territorialiste du siège.

Le siège peut également être appréhendé dans sa conception strictement juridique qui consiste à le rattacher à un système juridique national déterminé.

Dans l'arbitrage CCJA comme dans la plupart des systèmes d'arbitrage, les parties sont libres de fixer le siège dans la convention d'arbitrage ou dans un accord postérieur. Ce siège peut être fixé à l'intérieur ou à l'extérieur de l'espace Ohada.

Même si les parties omettent de le faire, elles ont toujours la possibilité de convenir d'un siège, si la requête fait état d'un choix validé par le défendeur dans sa réponse. Dès lors qu'il y a une telle manifestation de volonté des parties, la Cour en prend acte.

Si les divergences persistent, le siège est fixé par la Cour, par une décision administrative, préalablement à la transmission du dossier au tribunal arbitral.

Le choix du siège devrait bénéficier d'une attention particulière de la part des parties compte tenu de ses implications juridiques. Il peut déterminer le juge étatique compétent pour se prononcer éventuellement sur les mesures provisoires ou conservatoires avant la constitution du tribunal arbitral ou exceptionnellement après la mise en place du tribunal arbitral (art. 10-1 du Règlement). Ce choix permet de déterminer également la juridiction

étatique compétente pour se prononcer sur d'éventuels recours aux fins d'invalidation de la sentence arbitrale.

Dans le cadre de l'arbitrage CCJA *Léopold Ekwa Ngalle*, les parties avaient fixé le siège à Paris. Suite à la sentence arbitrale rendue le 15 janvier 2014, un recours en contestation de validité contre ladite sentence a été introduit, conformément aux dispositions du règlement d'arbitrage de la CCJA.

Ce recours a été rejeté par la Cour par arrêt du 15 octobre 2015¹.

Nonobstant cet arrêt définitif de la haute juridiction communautaire, les demandeurs ont saisi la cour d'appel de Paris le 16 novembre 2016 d'un recours en annulation de la même sentence arbitrale, en s'appuyant sur les mêmes motifs.

Une telle saisine a pu être possible, parce que le siège de l'arbitrage a été fixé en dehors de l'espace Ohada. Il s'ensuit qu'il y a un risque de contrariété de décisions.

S'agissant d'un arbitrage sous l'égide de la CCJA, afin d'éviter de tels risques, il paraît souhaitable de fixer le siège dans l'espace Ohada. Dès lors que les parties sortent dudit espace, elles s'exposent à une situation d'incertitude judiciaire.

Les parties doivent également s'imprégner du fait que certaines lois du pays du siège ou du lieu de l'arbitrage peuvent avoir un caractère d'ordre public.

À titre d'exemple, dans le cadre de l'affaire *Bechtel c/Department of Civil Aviation of Dubai*, soumise à la cour d'appel de Paris, la Cour de cassation de Dubai, par arrêt du 15 mai 2004, a annulé une sentence arbitrale au motif que le tribunal arbitral n'avait pas fait prêter serment aux témoins, alors qu'il s'agit d'une formalité impérative de la loi du siège de l'arbitrage².

1. CCJA, arrêt n° 102/2015 du 15 oct. 2015, *Léopold Ekwa Ngalle, Hélène Njanjo Ngalle et autres c/SNH et personnel SNH*.
2. CA Paris, 1^{re} ch., 29 sept 2005, n° 2004/07635, *Bechtel c/Department of Civil Aviation of Dubai*; *Rev. arb.* 2006, p. 695, note H. MUIR WATT, *Rev. crit. DIP*, 2007, 2007 p. 387, note A. SZEKELY.

Article 14 – Confidentialité de la procédure

La procédure arbitrale est confidentielle. Les travaux de la Cour relatifs au déroulement de la procédure arbitrale sont soumis à cette confidentialité, ainsi que toutes réunions de la Cour pour l'administration de l'arbitrage. Elle couvre les documents soumis à la Cour ou établis par celle-ci à l'occasion des procédures qu'elle administre.

Sous réserve d'un accord contraire de toutes les parties, celles-ci et leurs conseils, les arbitres, les experts et toutes les personnes associées à la procédure d'arbitrage, sont tenus au respect de la confidentialité des informations et documents qui sont produits au cours de cette procédure. La confidentialité s'étend, dans les mêmes conditions, aux sentences arbitrales.

Le Secrétaire général est autorisé à publier des extraits de sentences arbitrales sans mentionner les éléments permettant d'identifier les parties.

Publication d'extraits de sentences

Hormis le CIRDI qui publie des informations sur l'identité des parties aux procédures d'arbitrage sous son égide, certaines sentences arbitrales et décisions de procédure, la CCJA, à l'instar des autres institutions d'arbitrage, consacre le principe de confidentialité¹.

Ce principe de confidentialité n'est cependant pas absolu d'autant que les parties peuvent y renoncer d'un commun accord.

Par ailleurs, la publication d'extraits de sentences arbitrales est autorisée sous certaines conditions.

-
1. É. LOQUIN, « Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage », *Rev. arb.* 2006, n° 2, p. 32 et s.; Z. MAVROGORDATO, « Les pièces produites lors d'une procédure d'arbitrage peuvent-elles être utilisées dans des procédures connexes? », *RDAL*, 2006, n° 6, p. 862; E. GAILLARD, *Le principe de confidentialité dans l'arbitrage commercial international*, Dalloz, 1987, chron, p. 155; C. MULLER, « La confidentialité dans l'arbitrage commercial international: un trompe-l'œil? », *Bull. ASA* 2005, n° 2, p. 216-240.

Article 15 – Procès-verbal de cadrage

15.1 Après réception du dossier, le tribunal arbitral convoque les parties ou leurs représentants dûment habilités et leurs conseils à une réunion de cadrage qui doit se tenir aussi rapidement qu'il est possible et, au plus tard, dans les quarante-cinq (45) jours de sa saisine. À cette occasion, le tribunal arbitral peut exiger la preuve du pouvoir de tout représentant d'une partie, s'il l'estime nécessaire. Le tribunal arbitral peut, avec l'accord des parties, tenir cette réunion sous forme de conférence téléphonique ou de vidéoconférence.

La réunion de cadrage a pour objet de :

- a) constater la saisine du tribunal arbitral et les demandes sur lesquelles il doit se prononcer. Il est procédé à une énumération de ces demandes telles qu'elles résultent des mémoires respectivement produits par les parties à cette date, avec une indication sommaire des motifs de ces demandes et des moyens invoqués pour qu'il y soit fait droit ;
- b) constater s'il existe ou non un accord des parties sur les points énumérés aux articles 5.e et 6.b et d. En l'absence d'un tel accord, le tribunal arbitral constate que la sentence aura à se prononcer à ce sujet ;
- c) constater l'accord des parties sur la langue de l'arbitrage ou permettre au tribunal arbitral de prendre une décision sur celle-ci au cours de la réunion ;
- d) permettre, en cas de besoin, au tribunal arbitral d'interroger les parties pour savoir si celles-ci entendent lui attribuer les pouvoirs d'amiable compositeur, en vertu de l'article 17 du présent Règlement ;
- e) prendre les dispositions qui paraissent appropriées pour la conduite de la procédure arbitrale que le tribunal arbitral entend appliquer ainsi que les modalités d'application de celles-ci ;
- f) fixer un calendrier prévisionnel de la procédure arbitrale précisant les dates de remise des mémoires respectifs jugés nécessaires et, le cas échéant, la date de l'audience à l'issue de laquelle les débats seront déclarés clos. Cette date de l'audience ne doit pas être fixée par le tribunal arbitral au-delà de six (6) mois après la réunion de cadrage sauf accord des parties.

15.2 Le tribunal arbitral établit un procès-verbal de la réunion de cadrage qu'il signe après avoir recueilli les éventuelles observations des parties.

Les parties ou leurs représentants sont invités à signer également le procès-verbal. Si l'une des parties refuse de signer le procès-verbal ou formule des réserves à son encontre, ledit procès-verbal est soumis à la Cour pour approbation.

Une copie du procès-verbal de cadrage est adressée aux parties et à leurs conseils, ainsi qu'au Secrétaire général.

15.3 Le calendrier prévisionnel de l'arbitrage figurant dans le procès-verbal de cadrage peut, en cas de nécessité, être modifié par le tribunal arbitral, à son initiative après observations des parties ou à la demande de celles-ci,

Ce calendrier modifié est adressé au Secrétaire général pour être communiqué à la Cour,

15.4 Le tribunal arbitral rédige et signe la sentence dans les quatre-vingt-dix (90) jours qui suivent son ordonnance de clôture des débats, sauf prorogation ordonnée par la Cour, d'office ou à la demande du tribunal arbitral.

15.5 Lorsque la sentence intervenue ne met pas un terme final à la procédure d'arbitrage, une réunion est aussitôt organisée pour fixer, dans les mêmes conditions, un nouveau calendrier pour la sentence qui tranchera complètement le litige.

1. Procès-verbal de cadrage, « feuille de route » du tribunal arbitral

Le Règlement du 23 novembre 2017 apporte quelques changements terminologiques. Ainsi le document déterminant la mission du tribunal arbitral, initialement appelé « procès-verbal de réunion », prend désormais la dénomination de « procès-verbal de cadrage ».

Il s'agit d'une étape essentielle de l'arbitrage sous l'égide de la CCJA. Le « procès-verbal de cadrage » définit la « feuille de route » du tribunal arbitral, en accord avec les parties et/ou leurs Conseils.

Cette disposition accorde une attention particulière à la célérité du processus arbitral. Le délai de soixante jours initialement accordé par le Règlement du 11 mars 1999 au tribunal arbitral pour l'organisation de la première réunion est ramené à quarante-cinq jours.

Par ailleurs, le tribunal arbitral peut tenir cette réunion « sous forme de conférence téléphonique ou de vidéo-conférence ».

2. Portée du procès-verbal

Relativement à la portée du procès-verbal, la CCJA fait observer dans l'arrêt *État du Mali c/Société ABS International du 29 novembre 2011*, que la mission

des arbitres est délimitée par l'objet du litige et non enfermée par les questions précises figurant dans le procès-verbal de réunion constatant l'objet du litige :

« Attendu que l'État du Mali, après avoir rappelé dans la première branche du moyen les termes de l'acte de mission, prétend que le point unique sur lequel le tribunal arbitral devait statuer est relatif à la question de savoir s'il encourait une quelconque responsabilité contractuelle pour rupture abusive du contrat qui le liait à la Société ABS International LTD ;

Mais attendu qu'il est de jurisprudence que la mission des arbitres, définie par la convention d'arbitrage, est délimitée principalement par l'objet du litige, tel qu'il est déterminé par les prétentions des parties sans s'attacher uniquement à l'énoncé des questions dans l'acte de mission ;

Qu'ainsi le tribunal arbitral, en relevant, par une interprétation exclusive de toute dénaturation des faits de la cause, que la responsabilité délictuelle de l'État du Mali "constamment invoquée par l'État du Mali" est dans le débat, s'est légalement autorisé, dans le respect de sa mission et sans violer le principe du contradictoire, à retenir la responsabilité délictuelle de l'État du Mali. »¹

Dans l'arrêt *Sonapra c/SHB* du 17 juillet 2008, la CCJA note que le calendrier du déroulement de la procédure établi par le tribunal arbitral a un caractère prévisionnel. S'agissant d'une prévision de date, celle-ci est susceptible de modification. Elle en conclut que le fait de modifier un tel calendrier qui n'avait qu'un caractère prévisionnel ou indicatif ne saurait être considéré comme une violation par le tribunal des termes de sa mission².

En cas d'absence d'une partie, de refus de signature ou de réserves formulées par une partie, le procès-verbal est soumis à la Cour pour approbation. S'agissant du délai de quatre-vingt-dix jours, imparti au tribunal arbitral (entre l'ordonnance de clôture des débats et la signature de la sentence), il peut être prorogé d'office par la Cour ou à la demande du tribunal arbitral. Le règlement de 1999 ne prévoyait qu'une prorogation sur demande du tribunal arbitral.

1. CCJA, arrêt *État du Mali c/Société ABS International* du 29 nov. 2011, Ohadata J-13-147.

2. CCJA, Ass. plén., arrêt n° 045/2008 du 17 juill. 2008, *Affaire Société Nationale pour la promotion Agricole dite SONAPRA c/Société des Huileries du Bénin dite SHB*, Ohadata J-09-83.

Article 16 – Règles applicables à la procédure

Les règles applicables à la procédure devant le tribunal arbitral sont celles qui résultent du présent Règlement et, dans le silence de ce dernier, celles que les parties ou, à défaut, le tribunal arbitral, déterminent en se référant ou non à la loi de procédure applicable à l'arbitrage.

Les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité et chaque partie doit avoir toute possibilité de faire valoir ses droits. Les parties agissent avec célérité et loyauté dans la conduite de la procédure et s'abstiennent de toutes mesures dilatoires.

La partie qui, en connaissance de cause, s'abstient d'invoquer sans délai une irrégularité et poursuit l'arbitrage est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir.

Égalité de traitement des parties et principe du contradictoire

Relativement à la procédure, le caractère obligatoire des dispositions du Règlement d'arbitrage de la CCJA est consacré par cette disposition, sous réserve de dispositions dérogatoires prises par les parties en accord avec le tribunal arbitral et autorisées par ledit règlement.

En cas de silence du Règlement d'arbitrage, il appartient aux parties de convenir des règles de procédure. À défaut de convention des parties, le choix des règles processuelles incombe au tribunal arbitral.

En tout état de cause, le législateur Ohada confère à certaines règles un caractère d'ordre public de sorte que les parties ou le tribunal arbitral ne peuvent y déroger. Il s'agit notamment de l'égalité de traitement des parties, du respect du principe du contradictoire.

Article 17 – Loi applicable au fond

Les parties sont libres de déterminer les règles de droit que le tribunal arbitral devra appliquer au fond du litige. À défaut de choix des parties, le tribunal arbitral applique les règles de droit qu'il estime les plus appropriées en l'espèce.

Dans tous les cas, le tribunal arbitral tient compte des stipulations du contrat et des usages du commerce international.

Il peut également statuer en amiable compositeur si les parties ont expressément donné leur accord.

1. Règles de droit et usages du commerce international

Les parties jouissent d'une totale liberté relativement au choix des règles de droit applicables au fond du litige ; elles peuvent valablement opter pour des règles de fond différentes de celles du droit Ohada. Elles doivent cependant se conformer aux dispositions d'ordre public du pays du siège de l'arbitrage.

Quelles que soient les règles de droit choisies par les parties, le tribunal arbitral peut valablement se référer aux usages du commerce international ainsi que l'a décidé la CCJA dans l'arrêt *SIR c/BONA Shipholding* du 19 juillet 2007 :

« Attendu qu'il est fait grief à la sentence attaquée d'avoir été rendue par les arbitres en application des usages de commerce alors qu'ils ne peuvent les utiliser que pour désigner la loi issue de la règle du conflit qu'ils jugent appropriée au règlement du litige ; qu'en statuant ainsi alors que les arbitres avaient pour mission de statuer exclusivement en droit sur les demandes dont ils étaient saisis, la sentence encourt l'annulation ;

Mais attendu qu'en application du Règlement d'arbitrage de la Cour de céans, en son article 17 auquel les parties avaient convenu de soumettre le litige, l'arbitre tiendra compte des usages de commerce dans tous les cas, c'est-à-dire même lorsque les parties ont expressément désigné la loi devant s'appliquer au différend ; qu'en l'espèce, en se référant aux usages de commerce, dont l'existence n'est pas contestée par la requérante, le tribunal arbitral a statué en droit ainsi qu'il en avait l'obligation conformément au procès-verbal du 13 septembre 2004 »¹.

1. CCJA, arrêt n° 029/2007 du 19 juill. 2007, *Société Ivoirienne de Raffinage (SIR) c/Bona Shipholding et autres*, juridata n° J029-07/2007.

2. Amiable composition

À l'instar de la plupart des règlements d'arbitrage, le législateur Ohada ne propose aucune définition de l'amiable composition.

Dans l'affaire *Nestlé Sahel c/Scimas* qui a fait l'objet d'un arrêt le 19 juillet 2007, la CCJA a repris à son compte la belle définition du Professeur Philippe Fouchard :

*« Le tribunal arbitral a usé des pouvoirs d'amiable compositeur que les parties ne lui ont pas conférés, l'amiable composition se définissant de manière négative comme le pouvoir des arbitres de ne pas s'en tenir à l'application stricte des règles de droit, ce qui permet aussi bien de les ignorer que de s'en écarter en tant que leur sentiment de l'équité l'exige. »*²

La cour d'appel de Paris donne une autre définition de l'amiable composition : *« La clause d'amiable composition est une renonciation conventionnelle aux effets et au bénéfice de la règle de droit, les parties perdant la prérogative d'en exiger la stricte application et les arbitres recevant corrélativement le pouvoir de modifier ou de modérer les conséquences des stipulations contractuelles dès lors que l'équité ou l'intérêt commun bien compris des parties l'exige. »*³.

2. CCJA, arrêt n° 028/2007 du 19 juill. 2007, *Nestlé Sahel c/Scimas*, Penant 2009, n° 867, p. 226, 1^{re} esp. Note B. DIALLO ; Ohadata J-09-104.

3. CA Paris, 28 nov. 1996, *Rev. arb.* 1997, p. 381, note É. LOQUIN ; CA Paris, 4 nov. 1997, *Rev. arb.* 1998, p. 704, obs. Y. DERAÏNS.

Article 18 – Demandes nouvelles

Après la signature du procès-verbal de cadrage par le tribunal arbitral, les parties ne peuvent former de nouvelles demandes hors des limites dudit procès-verbal, sauf autorisation du tribunal arbitral qui tient compte de la nature de ces nouvelles demandes, de l'état d'avancement de la procédure et de toutes autres circonstances pertinentes.

La recevabilité des demandes nouvelles relève de l'appréciation discrétionnaire du tribunal arbitral qui dispose ainsi de pouvoirs très étendus.

Article 19 – Instruction de la cause

19.1 Le tribunal arbitral instruit la cause dans les plus brefs délais par tous les moyens appropriés.

Après examen des écrits des parties et des pièces versées par elles aux débats, le tribunal arbitral entend contradictoirement les parties si l'une d'elles en fait la demande. À défaut, il peut décider d'office leur audition.

Le tribunal arbitral peut inviter les parties à lui fournir des explications de fait et à lui présenter, par tout moyen légalement admissible, les preuves qu'il estime nécessaires au règlement du différend. Il décide de la recevabilité des preuves et apprécie librement leur force.

Les parties comparaissent soit en personne, soit par représentants dûment mandatés. Elles peuvent être assistées de leurs conseils.

Le tribunal arbitral peut décider d'entendre les parties séparément s'il l'estime nécessaire. Dans ce cas, l'audition de chaque partie a lieu en présence des conseils des deux parties.

L'audition des parties a lieu au jour et au lieu fixés par le tribunal arbitral.

Si l'une des parties, quoique régulièrement convoquée, ne se présente pas, le tribunal arbitral, après s'être assuré que la convocation lui est bien parvenue, a le pouvoir, à défaut d'excuse valable, de procéder néanmoins à l'accomplissement de sa mission, le débat étant réputé contradictoire.

Le procès-verbal d'audition des parties, dûment signé, est adressé en copie au Secrétaire général de la Cour.

19.2 Le tribunal arbitral peut également décider d'entendre des témoins, experts commis par les parties ou toute autre personne, en présence des parties, ou en leur absence à condition que celles-ci aient été dûment convoquées.

19.3 Le tribunal arbitral peut statuer sur pièces si les parties le demandent ou l'acceptent.

19.4 Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut nommer un ou plusieurs experts chargés de lui faire un rapport sur les points précis qu'il déterminera et inviter ces derniers à témoigner à l'audience. Le cas échéant, le tribunal arbitral peut demander à une partie de fournir à l'expert tous renseignements appropriés ou de lui soumettre ou

rendre accessibles, aux fins d'examen, toutes pièces ou autres éléments pertinents.

19.5 Le tribunal arbitral invite les parties aux audiences dont il règle le déroulement. Celles-ci sont contradictoires.

Sauf accord du tribunal arbitral et des parties, les audiences ne sont pas ouvertes aux personnes étrangères à la procédure.

1. Principe du contradictoire et égalité de traitement des parties

Le tribunal arbitral procède à l'instruction de la cause en s'adossant à deux principes fondamentaux : le respect du principe du contradictoire et de l'égalité entre les parties.

Dans l'arrêt *SIR c/Bona ShipHolding et autres* du 19 juillet 2007, la CCJA s'assure que le tribunal arbitral s'est bien conformé à ces règles essentielles du droit processuel et précise les contours de ces deux notions :

« Mais attendu qu'au regard de l'article 19 du Règlement d'arbitrage de la Cour de céans disposant que "l'arbitre instruit la cause dans les plus brefs délais par tous les moyens appropriés" ; il appartient au tribunal arbitral d'apprécier les mesures d'instruction adéquates à la solution du litige ; que par conséquent, en décidant, au vu "des données particulièrement complexes de la situation" débattues contradictoirement par toutes les parties "qu'il ne saurait donc en l'espèce conclure à l'existence d'un cas de force majeure", le tribunal arbitral ayant rendu la sentence attaquée n'a pas méconnu le principe d'égalité de traitement entre les parties qui doit être respecté en matière d'arbitrage » ;

« Mais attendu qu'il est satisfait au principe du contradictoire dès lors que chaque partie a eu la possibilité d'examiner et de discuter les pièces ainsi que les moyens soumis au tribunal arbitral ; qu'en l'espèce la sentence énonce que "toutes les pièces ont été bien reçues et qu'aucune d'entre elles n'a été dissimulée ; que les parties ont disposé de tout le temps nécessaire et utile pour débattre [...]" ; qu'il en résulte que le principe du contradictoire n'a pas été violé »¹.

2. Choix discrétionnaire des mesures d'instruction

L'arrêt CCJA du 30 octobre 2014, dans l'affaire *SCP Pyramidion c/Agetier Mali*, a offert à la CCJA l'occasion d'affirmer le pouvoir souverain du tribunal arbitral dans la détermination des mesures d'instruction :

« [...] que selon l'article 19 du Règlement d'arbitrage, "l'arbitre instruit la cause dans les plus brefs délais par tous les moyens appropriés" ; qu'ainsi, il relève de l'office du

1. CCJA, arrêt n° 029/2007 du 19 juill. 2007, *Société Ivoirienne de Raffinage (SIR) c/Bona Shipholding et autres*, juridata n° J029-07/2007.

tribunal arbitral d'apprécier l'opportunité des mesures d'instruction adéquates à la solution du litige, telle l'audition d'un témoin ;

Attendu que ni la transcription des dépositions des témoins ni l'établissement d'un procès-verbal de l'audience ne constituent une obligation imposée au tribunal arbitral par le Règlement d'arbitrage de la CCJA, auquel les parties ont convenu de soumettre leur différend ; que les arbitres ne sauraient donc se voir reprocher de ne pas avoir procédé à ces formalités »².

2. CCJA, Ass. plén., n° 098/2014 du 30 oct. 2014, *SCP Pyramidion c/Agetier Mali*, Ohadata J-15-189.

Article 19-1 – Clôture de la procédure arbitrale

19-1.1 Le tribunal arbitral ordonne la clôture de la procédure arbitrale :

- a) dès que possible après la dernière étape de présentation des arguments de fond par les parties en vertu du calendrier de procédure ;
- b) lorsque le demandeur retire sa demande, à moins que le défendeur ne s'y oppose et que le tribunal arbitral reconnaisse qu'il a légitimement intérêt à ce que le différend soit définitivement réglé ;
- c) lorsque le tribunal arbitral constate que la poursuite de la procédure est, pour toute autre raison, devenue superflue ou impossible.

19-1.2 Après clôture de la procédure, les parties ne peuvent former aucune demande ni soulever aucun moyen. Elles ne peuvent non plus présenter d'observations ni produire de pièces si ce n'est à la demande expresse et écrite du tribunal arbitral.

Article 20 – Sentences d'accord parties

20 Si les parties se mettent d'accord au cours de la procédure arbitrale, elles peuvent demander au tribunal arbitral que cet accord soit constaté en la forme d'une sentence rendue d'accord parties.

Une nature juridique controversée ?

À l'instar d'autres règlements d'arbitrage¹, le Règlement d'arbitrage de la CCJA admet la sentence d'accord parties, dont la nature juridique suscite des débats aussi bien en doctrine² qu'en jurisprudence.

La Cour de cassation française a même dénié à la sentence d'accord parties le qualificatif d'un « acte juridictionnel », dans un arrêt du 14 novembre 2012 :

« Attendu que, pour condamner M. X... à payer à M. Y... et à la société Y... H... la somme de 125 000 euros, l'arrêt retient que la sentence qui confère au protocole transactionnel force exécutoire n'a fait l'objet d'aucun recours, que contrairement à une transaction qui peut éventuellement permettre à l'une des parties de se prévaloir de l'exception d'inexécution, la décision arbitrale n'est pas de nature contractuelle, mais sentencielle et doit être exécutée comme toute décision de cette nature ;

Qu'en statuant ainsi, alors que la simple constatation, dans le dispositif de la décision, de l'accord des parties, sans aucun motif dans le corps de celle-ci, ne peut s'analyser en un acte juridictionnel, la cour d'appel a violé par fausse application le premier des textes susvisés et par refus d'application le second »³.

La sentence d'accord parties qui constitue en réalité une transaction a ainsi vocation à pouvoir bénéficier des dispositions relatives à l'exécution des sentences arbitrales ; elle peut ainsi tirer profit de la circulation internationale desdites sentences consacrée par la Convention de New York du 10 juin 1958.

-
1. Art. 34, règlement d'arbitrage OAPI ; art. 33, règlement CCI ; art. 36, règlement HIAC.
 2. D. BENSUADE, « La sentence d'accord parties n'est pas une sentence », *Gaz. Pal.*, 08/01/2013, n° 008 ; J.-M. TCHAKOUA, « Le statut de la sentence d'accord parties : les limites d'un déguisement bien utile », *RDAL*, n° 7, 2002, p. 775-793 ; É. BERTRAND, « Sur le bon usage des sentences d'accord parties », *Bull. ASA 2006*, Issue 1, vol. 24, p. 13-24.
 3. Cass. 1^{re} civ., 14 nov 2012, n° 11-24238, inédit.

Article 21 – Exception d'incompétence

21.1 Si l'une des parties entend contester la compétence du tribunal arbitral pour connaître de tout ou partie du litige pour quelque motif que ce soit, elle doit soulever l'exception dans les mémoires prévus aux articles 6 et 7 du présent Règlement et, au plus tard, au cours de la réunion de cadrage.

21.2 À tout moment de l'instance, le tribunal arbitral peut examiner d'office sa propre compétence pour des motifs d'ordre public sur lesquels les parties sont alors invitées à présenter leurs observations.

21.3 Le tribunal arbitral peut statuer sur l'exception d'incompétence soit par une sentence préalable, soit dans une sentence définitive ou partielle après débats au fond, sujettes au recours en annulation.

Lorsqu'un recours en annulation est formé contre une sentence préalable par laquelle le tribunal arbitral a retenu sa compétence, la procédure arbitrale n'est pas suspendue.

1. Délai pour soulever l'exception d'incompétence

Ces différentes dispositions réaffirment le principe fondamental de compétence-compétence qui permet au tribunal de se prononcer sur sa propre compétence, soit à la demande des parties, soit d'office pour des motifs d'ordre public. Dans ce dernier cas, le tribunal arbitral doit inviter les parties à soumettre leurs observations.

Il est également fait obligation aux parties qui soulèvent une exception d'incompétence, de le faire *in limine litis*, soit dans la réponse à la demande, soit dans la note complémentaire (art. 7), soit au plus tard lors de la réunion de cadrage (art. 15). À défaut de réaction dans ce délai, le plaideur sera frappé de forclusion et son exception sera déclarée irrecevable.

2. Sentence préalable ou sentence définitive

Il est loisible au tribunal arbitral de statuer sur l'exception d'incompétence par le biais d'une ordonnance de procédure. Il peut également le faire « *soit par une sentence préalable, soit dans une sentence définitive ou partielle après débats au fond* ». Le tribunal arbitral dispose ainsi d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation de la nature de la décision à rendre.

3. Effet non suspensif du recours en annulation contre une sentence préalable

Afin de limiter les manœuvres dilatoires ou les risques de paralysie ou d'enlisement du processus arbitral, le législateur Ohada n'attache aucun effet suspensif au recours en annulation contre une « *sentence préalable par laquelle le tribunal arbitral a retenu sa compétence* ».

Il s'agit d'une dérogation au principe selon lequel « *le recours en annulation suspend l'exécution de la sentence arbitrale* ».

Cette dérogation comporte cependant un risque. Qu'advient-il de la procédure, si la CCJA juge bien fondé le recours en annulation contre la sentence préalable par laquelle le tribunal arbitral a retenu sa compétence ?

Article 21-1 – Étape préalable à l'arbitrage

21-1.1 En présence d'une convention imposant aux parties de suivre une étape de résolution du différend préalable à l'arbitrage, le tribunal arbitral examine la question du respect de l'étape préalable si l'une des parties en fait la demande et renvoie, le cas échéant, à l'accomplissement de l'étape préalable.

21-1.2 Si l'étape préalable n'a pas été engagée, le tribunal arbitral suspend la procédure pendant un délai qu'il estime convenable, afin de permettre à la partie la plus diligente de mettre en œuvre cette étape.

21-1.3 Si l'étape préalable a effectivement été engagée, le tribunal arbitral constate, le cas échéant, son échec.

1. Négociation, conciliation et médiation

Cette disposition relative à l'étape préalable constitue une des innovations majeures de la réforme de novembre 2017. Le législateur utilise de façon pertinente, une terminologie très englobante, « *étape de résolution de différend préalable à l'arbitrage* ». Il peut s'agir d'une procédure de négociation, de conciliation ou de médiation. Peu importe le vocable retenu par les parties, dès lors que le mécanisme retenu s'analyse en une « étape préalable » au déclenchement d'une procédure arbitrale, la procédure prévue par le législateur Ohada a vocation à s'appliquer.

Avant l'avènement de ce texte, lorsqu'une des parties avait omis de se conformer à cette étape préalable et qu'elle déclenchait de façon prématurée une procédure arbitrale, le tribunal arbitral déclarait son action irrecevable. Il s'ensuit qu'une telle issue n'était nullement satisfaisante pour les parties, compte tenu de son coût financier et de la perte de temps qu'elle engendrait.

2. Suspension de la procédure

Le nouveau dispositif paraît soucieux de préserver les intérêts de toutes les parties, d'autant que si le tribunal arbitral juge pertinente l'observation relative à l'accomplissement de « l'étape préalable », il ne déclare plus l'action irrecevable ; il renvoie les parties, le cas échéant, à l'accomplissement de « l'étape préalable ».

Il lui est ainsi loisible de suspendre d'office la procédure arbitrale, « *pendant un délai qu'il estime convenable* ».

L'article 40 du Règlement de la China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC) comporte un dispositif similaire à celui de l'arbitrage sous l'égide de la CCJA. Il prévoit qu'une procédure de médiation peut être demandée à tout moment par les parties et que celle-ci a pour effet de suspendre la procédure arbitrale ou de s'y substituer si elle aboutit.

Article 22 – Sentence arbitrale

22.1 Outre le dispositif, la sentence arbitrale doit contenir l'indication :

- a) des nom et prénoms du ou des arbitres qui l'ont rendue ;
- b) de sa date ;
- c) du siège du tribunal arbitral ;
- d) des noms, prénoms et dénomination des parties, ainsi que leur domicile ou siège social ;
- e) le cas échéant, des noms et prénoms des conseils ou de toute personne ayant représenté ou assisté les parties ;
- f) de l'exposé des prétentions respectives des parties, de leurs moyens, ainsi que des étapes de la procédure.

La sentence doit être motivée.

Si le tribunal arbitral a reçu des parties le pouvoir de statuer en amiable compositeur, mention en est faite.

22.2 La sentence est réputée rendue au siège de l'arbitrage et au jour de sa signature après l'examen de la Cour.

22.3 La sentence arbitrale est rendue dans la procédure et selon les formes convenues par les parties. À défaut d'une telle convention, la sentence est rendue à la majorité des voix lorsque le tribunal est composé de trois arbitres.

La sentence arbitrale est signée par le ou les arbitres.

Toutefois, si un arbitre ou deux arbitres refusent de la signer, il doit en être fait mention et la sentence a le même effet que si elle avait été signée par tous les arbitres.

22.4 Tout membre du tribunal arbitral peut remettre au Président son opinion particulière pour être jointe à la sentence.

1. Mentions obligatoires

L'article 22.1 énumère les mentions obligatoires qui doivent figurer dans une sentence arbitrale. Alors que le Règlement de 1999 admettait la possibilité qu'une sentence arbitrale ne soit pas motivée en cas d'accord des parties (sous réserve que cet accord soit admissible au regard de la loi applicable), la réforme de novembre 2017 a supprimé cette option. Elle affirme que « *la sentence doit être motivée* » et n'admet ainsi aucune dérogation.

Aux termes de l'article 22.2, « *la sentence est réputée rendue au siège de l'arbitrage* ». Cette disposition est conforme à la conception juridique – et non territorialité – du siège de l'arbitrage. Il s'ensuit que même si les membres du tribunal arbitral délibèrent hors du lieu retenu comme siège et qu'ils y tiennent leurs réunions ou audiences, « *la sentence est réputée rendue au siège* ».

2. Signature de la sentence

Le Règlement du 11 mars 1999 autorisait le Président du tribunal arbitral à signer seul en cas de défaut de majorité. Cette option n'a pas été retenue par la réforme de novembre 2017.

Il s'ensuit que le Président du tribunal arbitral a l'obligation de tout mettre en œuvre afin d'obtenir « *une sentence rendue à la majorité des voix* ».

Que se passera-t-il en cas de défaut de majorité, nonobstant tous les efforts du Président du tribunal arbitral ? Que faut-il faire si les points de vue des trois arbitres sont manifestement divergents et irréconciliables et qu'une sentence à la majorité de voix ne paraît pas envisageable ?

Le Règlement n'offre aucune solution à ces interrogations qui sont loin d'être des hypothèses d'école.

3. Opinion dissidente

Il s'agit ici de l'opinion dissidente de l'arbitre minoritaire qui est jointe à la sentence. Certains auteurs considèrent que l'opinion dissidente comporte des risques pour le secret des délibérations. « *Il faut par conséquent éviter d'y exposer les points de vue exprimés par les autres arbitres* »¹.

L'article 48 alinéa 4 de la convention de Washington de 1965 reconnaît le droit pour un arbitre minoritaire de rendre une opinion dissidente dans une procédure sous l'égide du CIRDI.

1. Code Vert Ohada annoté et commenté, *Juriscope*, Commentaires P. MEYER, Éd. 2016, p. 213.

Article 23 – Examen préalable par la Cour

23.1 Le tribunal arbitral transmet les projets de sentences sur la compétence, de sentences partielles qui mettent un terme à certaines prétentions des parties, et de sentences définitives au Secrétaire général pour examen par la Cour avant signature.

Les autres sentences ne sont pas soumises à un examen préalable, mais seulement transmises à la Cour pour information.

23.2 La Cour peut proposer des modifications de pure forme, attirer l'attention du tribunal arbitral sur des demandes qui ne semblent pas avoir été traitées, sur des mentions obligatoires qui ne figurent pas dans le projet de sentence, en cas de défaut de motivation ou en cas d'apparente contradiction dans le raisonnement, sans toutefois pouvoir suggérer un raisonnement ou une solution de fond concernant le différend.

La Cour examine le projet de sentence qui lui est soumis dans un délai maximum d'un (1) mois à compter de sa réception.

1. Projets de sentences soumis à l'examen préalable

Plusieurs règlements d'arbitrage ont adopté le principe de l'examen préalable des projets de sentence par l'organisme d'arbitrage (art. 34 du Règlement d'arbitrage de la CCI).

Cet examen concerne les projets suivants : sentences sur la compétence, sentences partielles, sentences relatives à des mesures provisoires ou conservatoires et sentences définitives.

Il s'ensuit que les autres sentences, notamment les sentences d'accord parties et sentences interprétatives, ne sont pas soumises au formalisme obligatoire de l'examen préalable de la Cour. Elles ne sont transmises à la Cour que pour information.

Dans le cadre de l'arbitrage CCI, « toute sentence » est obligatoirement soumise à l'examen de la Cour.

Par ailleurs, il convient de faire observer que les ordonnances de procédure prises par le tribunal arbitral, ne sont pas non plus soumises à l'examen de la Cour.

2. Modalités de l'examen préalable

Dans le Règlement du 11 mars 1999, le contrôle de la Cour était particulièrement réduit. La Cour ne pouvait proposer que des modifications de pure forme.

La réforme semble soucieuse d'améliorer l'examen de la sentence par la Cour, afin d'en améliorer la qualité. Ainsi, la Cour peut non seulement proposer des modifications de pure forme, mais aussi attirer l'attention du tribunal arbitral sur des demandes qui n'auraient pas été prises en compte et sur des mentions obligatoires qui ne figurent pas dans le projet de sentence.

La Cour peut également relever un défaut de motivation ou une apparente contradiction dans le raisonnement et s'assurer ainsi que le tribunal arbitral s'est conformé à la feuille de route résultant du procès-verbal de cadrage prévu à l'article 15 du Règlement. En tout état de cause, il est strictement interdit à la Cour de faire des allusions au fond du litige, en suggérant un raisonnement ou une solution concernant le différend.

Le dispositif prévu par la CCI paraît très proche de celui de l'Ohada, d'autant que l'article 34 du Règlement CCI dispose que la « *Cour peut prescrire des modifications de pure forme. Elle peut, en respectant la décision du tribunal arbitral, attirer son attention sur les points intéressant le fond du litige* ».

Dans le système CCJA, les propositions de la Cour ne lient pas le tribunal arbitral qui conserve son pouvoir discrétionnaire d'appréciation. Le Règlement de novembre 2017 respecte de façon stricte l'indépendance du tribunal arbitral et interdit ainsi toute interférence ou ingérence de la Cour dans les missions dudit tribunal.

En revanche, dans l'arbitrage CCI, après l'examen préalable de la Cour, celle-ci doit impérativement approuver la sentence avant sa signature par le tribunal arbitral.

L'article 34 du Règlement CCI dispose qu'« *aucune sentence ne peut être rendue par le tribunal arbitral, sans avoir été approuvée en la forme par la Cour* ».

Le Règlement de novembre 2017 renforce la célérité de l'arbitrage sous l'égide de la CCJA en imposant un délai maximum d'un mois à la Cour pour transmettre ses observations au tribunal arbitral.

Article 24 – Décision sur les frais de l'arbitrage

24.1 Le tribunal arbitral liquide les frais de l'arbitrage dans la sentence arbitrale et décide à laquelle des parties le paiement incombe ou dans quelle proportion ils sont partagés entre les parties.

24.2 Lors de la liquidation des frais, le tribunal arbitral tient compte des circonstances pertinentes, y compris dans quelle mesure chacune des parties a conduit l'arbitrage avec célérité et efficacité en termes de coûts.

24.3 Les frais de l'arbitrage comprennent :

a) les honoraires de l'arbitre et les frais administratifs fixés par la Cour, les frais éventuels de l'arbitre, les frais de fonctionnement du tribunal arbitral, les honoraires et frais des experts en cas d'expertise. Les honoraires des arbitres et les frais administratifs de la Cour sont fixés conformément à un barème établi par l'Assemblée générale de la Cour et approuvé par le Conseil des ministres de l'Ohada statuant dans les conditions prévues à l'article 4 du Traité ;

b) les frais normaux exposés par les parties pour leur défense, selon l'appréciation qui est faite par le tribunal arbitral des demandes formulées sur ce point par les parties.

24.4 Si les circonstances de l'espèce le rendent exceptionnellement nécessaire, la Cour peut fixer les honoraires de l'arbitre à un montant supérieur ou inférieur à ce qui résulterait de l'application du barème, d'office ou à la demande motivée de l'arbitre.

Toute fixation d'honoraires sans l'aval de la Cour est nulle et de nul effet, sans que cela puisse constituer une cause d'annulation de la sentence.

24.5 En cas de retrait de toutes les demandes ou s'il est mis fin à l'arbitrage avant qu'une sentence définitive ne soit rendue, la Cour fixe les honoraires, les frais des arbitres et les frais administratifs. Si les parties ne sont pas convenues du partage des frais de l'arbitrage ou d'autres questions pertinentes relatives aux frais, ces contestations sont tranchées par la Cour.

1. Fixation des frais et honoraires par la Cour

L'article 11.2 du Règlement prévoit que les provisions sont supportées par les parties à parts égales. S'agissant de la liquidation des frais de l'arbitrage, il appartient au tribunal arbitral, de déterminer de façon discrétionnaire, la

répartition des frais à la charge des parties, en prenant en compte notamment le fait qu'une partie ait succombé.

Les honoraires des arbitres et les frais administratifs sont fixés par la Cour, dans le cadre de ses attributions administratives, conformément au barème prévu par les annexes de la décision n° 004/99/CCJA du 3 février 1999 relative aux frais d'arbitrage.

Le barème prévoit des montants minimums et des montants maximums. Toutefois, la Cour peut fixer les honoraires de l'arbitre à un montant supérieur ou inférieur aux taux indiqués, en fonction des circonstances qu'elle apprécie souverainement. Il en est ainsi par exemple lorsque la Cour est confrontée à des parties impécunieuses qui ne peuvent pas supporter les frais de la procédure d'arbitrage.

S'agissant d'un arbitrage institutionnel, la fixation du montant des honoraires relève de la compétence exclusive de la Cour.

2. Prohibition des accords entre les parties et le tribunal arbitral sur les honoraires

La question des honoraires a suscité de vives controverses en doctrine et en jurisprudence, dans le cadre de l'affaire *GETMA c/République de Guinée*:

« Mais attendu qu'il résulte des dispositions combinées des textes visés au moyen que dans l'arbitrage sous l'égide de la CCJA, les honoraires des arbitres sont exclusivement fixés par la Cour, conformément au barème annexé à la Décision n° 004/99/CCJA du 3 février 1999; que la Cour peut fixer les honoraires des arbitres à un montant supérieur ou inférieur à ce qui résulterait de l'application de ce barème, si les circonstances de l'espèce le rendent exceptionnellement nécessaire; que tout accord séparé entre les parties et l'arbitre sur ses honoraires est nul et de nul effet;

Attendu que ces dispositions ont pour objet de garantir aux parties qui ont décidé de soumettre leur litige à l'arbitrage de la Cour, le paiement d'honoraires prévisibles, proportionnels à la valeur réelle du litige et déterminés selon un barème connu à l'avance;

Attendu qu'il résulte des dispositions de l'article 10.1 dudit Règlement d'arbitrage de la CCJA que "Lorsque les parties sont convenues d'avoir recours à l'arbitrage de la Cour, elles se soumettent par là même aux dispositions du titre IV du Traité de l'Ohada, au présent Règlement, au Règlement intérieur de la Cour, à leurs annexes et au barème des frais d'arbitrage, dans leur rédaction en vigueur à la date de l'introduction de la procédure d'arbitrage indiquée à l'article 5 ci-dessus";

Attendu qu'il est constant comme résultant du dossier qu'à la suite de la fixation par la Cour du montant des honoraires des arbitres à la somme de 40 480 332 francs CFA, le président du tribunal arbitral a directement négocié avec les conseils des parties en litige et obtenu leur accord pour que le montant desdits honoraires soit porté à

la somme de de 450 000 euros, soit 295 180 650 francs CFA ; qu'ayant ensuite saisi la Cour pour obtenir la régularisation de cette majoration, ses requêtes ont été successivement rejetées par les décisions n° 081/2013/CCJA/ADM/ARB en date du 1^{er} août 2013 et n° 096/2013/CCJA/ADM/ARB du 3 octobre 2013 ; que nonobstant ces décisions, le président du tribunal arbitral a obtenu de GETMA le paiement de sa quote-part sur la somme réclamée, outre la condamnation de cette dernière au paiement de la quote-part de la République de Guinée ;

Qu'en écartant ainsi délibérément des dispositions essentielles du Règlement d'arbitrage auquel les parties ont convenu de soumettre le traitement de leur différend par la clause compromissoire insérée au contrat de concession, le tribunal arbitral ne s'est pas conformé à sa mission [...] »¹.

Dans l'arrêt *GETMA*, la CCJA avait annulé la sentence en s'appuyant sur le fait que le tribunal arbitral ne s'était pas conformé à sa mission en procédant à une fixation d'honoraires en accord avec les parties, sans l'aval de la Cour.

Dans le nouveau Règlement de novembre 2017, le législateur Ohada considère que « *toute fixation d'honoraires sans l'aval de la Cour est nulle et de nul effet, sans que cela puisse constituer une cause d'annulation de la sentence* ».

S'agissant d'un arbitrage institutionnel, il appartient à l'organisme d'arbitrage, notamment à la CCJA de fixer les frais de l'arbitrage quelles que soient les circonstances dans lesquelles l'arbitrage prend fin, même en l'absence de sentence arbitrale.

1. CCJA, Ass. plén., arrêt n° 139/2015 du 19 nov. 2015, *République de Guinée c/Getma International*, Ohadata J-16-132.

Article 25 – Notification de la sentence

25.1 La sentence rendue, le Secrétaire général en notifie aux parties le texte signé du tribunal arbitral, après que les frais de l'arbitrage ont été réglés intégralement à la Cour par les parties ou l'une d'entre elles.

25.2 Des copies supplémentaires certifiées conformes par le Secrétaire général sont à tout moment délivrées exclusivement aux parties qui en font la demande.

25.3 Par le fait de la notification de la sentence ainsi effectuée, les parties renoncent à toute autre notification ou dépôt à la charge du tribunal arbitral.

Compétence exclusive du Secrétaire général

La notification de la sentence arbitrale aux parties relève de la compétence exclusive du Secrétaire général de la Cour. Cette notification n'est faite qu'après que l'intégralité des frais d'arbitrage fixés par la Cour aura été versée par les parties ou l'une d'entre elles, le cas échéant.

Article 26 – Interprétation, rectification ou complément de la sentence

La sentence dessaisit le tribunal arbitral du différend.

Le tribunal arbitral a néanmoins le pouvoir d'interpréter la sentence ou de rectifier les erreurs ou omissions matérielles qui l'affectent.

Lorsqu'il a omis de statuer sur un chef de demande, il peut le faire par une sentence additionnelle.

Dans l'un ou l'autre cas susvisé, la requête doit être adressée au Secrétaire général dans les trente (30) jours de la notification de la sentence.

Le Secrétaire général communique, dès réception, la requête au tribunal arbitral et à la partie adverse en accordant à celle-ci un délai de trente (30) jours pour adresser ses observations au demandeur et au tribunal arbitral.

Lorsque le tribunal arbitral ne peut plus être réuni et, à défaut d'accord des parties sur la nomination d'un nouveau tribunal arbitral, la Cour nomme un arbitre unique afin de statuer sur le recours en interprétation, rectification ou complément de sentence.

Après examen contradictoire du point de vue des parties et des pièces qu'elles ont éventuellement soumises, le projet de sentence rectificative ou additionnelle doit être adressé pour l'examen préalable prévu à l'article 23 du présent Règlement dans les quarante-cinq (45) jours de la saisine du tribunal arbitral.

La procédure qui précède ne comporte pas d'honoraires, sauf dans le cas prévu à l'alinéa 6 du présent article. Quant aux frais, s'il en est, ils sont supportés par la partie qui a formé la requête si celle-ci est rejetée entièrement. Dans le cas contraire, ils sont partagés entre les parties dans la proportion fixée pour les frais de l'arbitrage dans la sentence objet de la requête.

1. Poursuite de la mission du tribunal arbitral

Le tribunal arbitral étant exclusivement dédié à la résolution du différend qui lui est soumis, sa mission prend automatiquement fin dès le prononcé de la sentence. La sentence le dessaisit immédiatement du différend.

Toutefois, il conserve le pouvoir de rendre trois types de sentences :

- une sentence interprétative ; le tribunal arbitral peut être saisi d'une requête aux fins d'interprétation, si la sentence comporte des passages incompréhensibles ou des ambiguïtés qui en rendent la compréhension particulièrement difficile.

La jurisprudence française a considéré que le pouvoir d'interprétation ne peut être exercé par l'arbitre qu'à la condition de ne pas transformer le sens de la sentence¹ ;

- une sentence rectificative d'erreurs ou d'omissions matérielles ; le tribunal arbitral est saisi si la décision rendue comporte des erreurs de calcul, des mentions importantes erronées ou des omissions matérielles. Il ne s'agit pas de revenir sur le fond du litige ;
- une sentence additionnelle peut être sollicitée par les parties ou l'une d'entre elles, si le tribunal arbitral a omis de statuer sur un chef de demande.

2. Célérité des procédures

Les parties disposent d'un délai de trente jours à compter de la notification de la requête pour adresser au Secrétaire général de la Cour leur requête ; au-delà de ce délai, elles sont frappées de forclusion et leur requête sera déclarée irrecevable par la Cour, par décision administrative.

Les différentes procédures ainsi initiées sont soumises à des délais réduits d'autant qu'elles requièrent une certaine célérité. La partie adverse dispose d'un délai de trente jours pour transmettre ses observations au demandeur et au tribunal arbitral.

Compte tenu des impératifs de célérité, le tribunal arbitral devrait statuer dans les plus brefs délais et soumettre son projet de sentence rectificative ou additionnelle à la Cour aux fins d'examen préalable, dans un délai maximum de quarante-cinq jours à compter de sa saisine.

Seules les sentences rectificative ou additionnelle sont soumises à l'examen préalable de la Cour, en application des dispositions des articles 23 et 26 du Règlement d'arbitrage de la Cour.

Il s'ensuit que la sentence interprétative n'est pas soumise à l'examen préalable de la Cour (cf. art. 23 du Règlement). Elle n'est transmise à la Cour que pour information.

1. Cass. 1^{re} civ., 8 juill. 2009, n° 08-17300, www.legifrance.gouv, note T. CLAY.

3. Tribunal arbitral compétent

La requête aux fins d'interprétation, de rectification d'erreurs ou d'omissions matérielles, ou de sentence additionnelle, est soumise au tribunal arbitral qui a rendu la décision initiale.

Toutefois, si le tribunal arbitral ne peut être à nouveau réuni, notamment en cas de décès, démission, empêchement absolu ou de toute autre cause, les parties sont invitées à se concerter pour la mise en place consensuelle d'un nouveau tribunal arbitral.

À défaut d'accord des parties, la Cour nomme un arbitre unique.

4. Frais de la procédure

Il n'est pas prévu d'honoraires pour le tribunal arbitral qui statue sur une telle requête ; toutefois, s'il s'agit d'un nouveau tribunal arbitral, la Cour fixe le montant des honoraires qu'elle juge approprié.

Relativement aux autres frais de la procédure, ils sont fixés discrétionnairement par la Cour.

Les frais d'arbitrage, notamment les honoraires, le cas échéant, sont supportés par le demandeur en cas de rejet de la requête. Toutefois, si la requête est jugée pertinente, ces frais sont supportés par les parties, conformément aux indications de la sentence arbitrale.

La loi type CNUDCI sur l'arbitrage commercial (art. 33), l'Arbitration Act de 1996 (sect. 57), US Federal Arbitration Act (sect. 11), les Règlements d'arbitrage tels que ceux de la CCI (art. 36), de la LCIA (art. 27) prévoient des mécanismes afin de corriger ou de clarifier le sens des sentences arbitrales. Le Règlement suisse d'arbitrage international de 2012 prévoit des mécanismes de rectification des sentences arbitrales (art. 36).

La loi type CNUDCI (art. 33.3), l'Arbitration Act (sect. 57 (3) b) et le Règlement d'arbitrage de la LCIA prévoient la possibilité de rendre une sentence additionnelle.

L'article 190 alinéa 2 de la LDIP érige en cause de nullité, toute omission de se prononcer sur un des chefs de demande.

La doctrine s'est également intéressée aux questions relatives à la correction et à l'interprétation des sentences arbitrales².

2. E. ZOLLER, « Observations sur la révision et l'interprétation des sentences arbitrales », in *Annuaire français de droit international*, vol. 24, 1978, p. 327-351 ; B. W. DALY, « La correction et l'interprétation de la sentence arbitrale dans le cadre du règlement d'arbitrage de la CCI », (2002), *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI* 13:1.

Article 27 – Autorité de chose jugée et exécution provisoire

27.1 Toute sentence arbitrale rendue conformément au présent Règlement revêt un caractère obligatoire pour les parties et a l'autorité définitive de la chose jugée sur le territoire de chaque État Partie, au même titre que les décisions rendues par les juridictions de l'État. Elle peut faire l'objet d'une exécution forcée sur le territoire de l'un quelconque des États Parties.

27.2 Par la soumission de leur différend au présent Règlement, les parties s'engagent à exécuter sans délai la sentence à intervenir.

27.3 Le tribunal arbitral peut, par décision motivée, accorder ou refuser l'exécution provisoire à la sentence arbitrale si cette exécution a été sollicitée.

1. Caractère obligatoire de la sentence arbitrale

Il résulte de cette disposition que la sentence rendue sous l'égide de la CCJA bénéficie de l'autorité définitive de la chose jugée dans les dix-sept États membres de l'espace Ohada. Ainsi le même litige ne peut plus être soumis ni à une juridiction arbitrale ni à une juridiction étatique¹.

L'article 27.2 engage les parties à une exécution immédiate de la sentence arbitrale. Elle les incite à éviter toutes manœuvres dilatoires ou procédures d'obstruction fantaisistes. Toutefois, la portée d'une telle disposition demeure limitée, d'autant qu'il s'agit d'une simple proclamation de principe qui n'est assortie d'aucune sanction et que les parties conservent le droit d'user des voies de recours extraordinaires offertes par le présent Règlement.

2. Exécution provisoire

Le Règlement d'arbitrage du 11 mars 1999 ne prévoyait pas de façon expresse la possibilité pour un tribunal arbitral constitué sous l'égide de la CCJA, d'accorder l'exécution provisoire à une sentence arbitrale. Ce

1. D. HASHER, « L'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales », in *Droit international privé, Travaux du Comité français du droit international privé*, 15^e année, vol. 15, 2004, p. 17-46 ; B. HANOTIAU, « L'autorité de chose jugée des sentences arbitrales », in « L'arbitrage complexe », supplément spécial 2003, *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*.

mécanisme n'était envisagé que dans l'Acte uniforme Ohada sur le droit de l'arbitrage.

Cette lacune a été corrigée par le présent Règlement. Toutefois, les conditions dans lesquelles l'exécution provisoire peut-être sollicitée ou accordée n'ont pas été indiquées par le législateur.

En conséquence, il conviendra de se référer aux conditions de l'exécution provisoire prévues par la loi de procédure choisie par les parties. À défaut, il appartiendra au tribunal arbitral d'appliquer les règles de droit les plus appropriées.

Dans l'affaire *République du Congo c/Groupe Antoine Tabet et autres*, la Cour de cassation française, par arrêt du 4 juillet 2007, a jugé que les sentences arbitrales revêtues de l'exécution provisoire par le tribunal arbitral, ont un plein effet en France et que même en cas de recours contre la sentence, les juridictions françaises prêteront la main, au besoin par la voie d'astreintes, à l'exécution d'obligations de faire ordonnées par une sentence arbitrale exécutoire.

« [...] que la cour d'appel en a exactement déduit, hors toute dénaturation, d'abord que l'engagement d'exécuter la sentence n'avait pas pour effet de conférer à la sentence arbitrale la valeur d'une décision exécutoire de plein droit ni de priver les parties d'un recours en annulation, toujours possible même lorsque le règlement d'arbitrage l'exclut, contre la sentence arbitrale rendue en France et ensuite que, l'exécution provisoire n'ayant pas été ordonnée par le tribunal arbitral, le recours formé par GAT était suspensif d'exécution sauf si la décision était exécutoire de droit ; que le moyen n'est pas fondé. »².

2. Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 2007, n° 05-16.586, *Bull.* 2007, I, n° 252.

Article 28 – Dépôt et sanction légale de la sentence

Toute sentence rendue conformément au présent Règlement est déposée en original au Secrétaire général.

Dans tous les cas non visés expressément par le présent Règlement, la Cour et le tribunal arbitral procèdent en s'inspirant de celui-ci et en faisant leurs meilleurs efforts pour que la sentence soit susceptible de sanction légale.

Chapitre 3

Recours en annulation, reconnaissance et exécution forcée des sentences arbitrales

Article 29 – Recours en annulation

29.1 La partie qui forme un recours en annulation contre une sentence rendue dans un arbitrage de la Cour par un tribunal arbitral doit saisir la Cour par une requête que la Cour notifie à la partie adverse.

29.2 Les parties peuvent convenir de renoncer au recours en annulation de la sentence arbitrale, à la condition que celle-ci ne soit pas contraire à l'ordre public international.

Le recours en annulation contre la sentence n'est recevable que :

- a) si le tribunal arbitral a statué sans convention d'arbitrage ou sur une convention nulle ou expirée ;
- b) si le tribunal arbitral a été irrégulièrement composé ou l'arbitre unique irrégulièrement désigné ;
- c) si le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui a été confiée ;
- d) si le principe du contradictoire n'a pas été respecté ;
- e) si la sentence arbitrale est contraire à l'ordre public international ;
- f) si la sentence arbitrale est dépourvue de toute motivation.

29.3 Le recours en annulation est recevable dès le prononcé de la sentence. Il cesse d'être recevable s'il n'a pas été formé dans les deux (2) mois de la notification de la sentence visée à l'article 25 du présent Règlement.

29.4 La Cour instruit la cause et statue dans les conditions prévues par son Règlement de procédure.

Dans ce cas, les délais de procédure sont réduits de moitié.

La Cour rend sa décision sur le recours dans les six (6) mois de sa saisine.

29.5 Si la Cour refuse la reconnaissance et l'autorité de chose jugée à la sentence qui lui est déférée, elle l'annule.

Elle évoque et statue au fond si les parties en font la demande.

Si les parties n'ont pas demandé l'évocation, la procédure est reprise à la requête de la partie la plus diligente à partir, le cas échéant, du dernier acte de l'instance arbitrale reconnu valable par la Cour.

1. Uniformisation du recours en annulation contre les sentences arbitrales

L'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage et le Règlement d'arbitrage de la CCJA adoptés le 23 novembre 2017 uniformisent le régime des recours contre les sentences arbitrales.

Le Règlement d'arbitrage de la Cour du 11 mars 1999 utilisait l'expression « *recours en contestation de validité* » pour qualifier le recours aux fins d'annulation ou d'invalidation de la sentence arbitrale. Désormais l'expression « *recours en annulation* » est utilisée aussi bien dans le cadre de l'Acte uniforme que dans celui de l'arbitrage spécifique de la CCJA.

S'agissant des recours contre la sentence arbitrale, la Cour n'intervient plus comme une institution d'arbitrage, mais plutôt comme une juridiction étatique. Elle ne rend plus des décisions administratives, mais des décisions juridictionnelles.

Ainsi les procédures contentieuses devant la Cour devront se conformer au Règlement de procédure du 30 janvier 2014, sous réserve de dérogations prévues par le présent règlement.

À titre d'exemple, le ministère d'Avocat est obligatoire devant la Cour¹, alors que cette présence est purement facultative en arbitrage, ainsi que l'admet la CCJA dans l'arrêt *Sogeco c/Celtel Congo* du 30 octobre 2014 :

« [...] *Mais attendu qu'aux termes de l'article 19.1 alinéa 3 sus-évoqué du Règlement d'arbitrage de la Cour de céans, le ministère d'avocat n'est pas obligatoire dans une procédure d'arbitrage [...]* »².

2. Compétence exclusive de la CCJA

Le recours en annulation contre les sentences arbitrales rendues sous l'égide de la CCJA, relève de la compétence exclusive de la CCJA dès lors que le siège de l'arbitrage est dans l'espace Ohada.

Il en résulte qu'aucune juridiction nationale étatique d'un État membre de l'Ohada ne peut connaître d'un tel recours. Ainsi, la cour d'appel de

1. Article 23 du règlement de procédure de la CCJA-Ohada du 30 janv. 2014.

2. CCJA-Ohada Ass. plén., arrêt du 30 oct. 2014, *Sogefco SA c/Celtel Congo devenue Airtel Congo*, Ohadata J-15-190.

Ouagadougou, saisie d'un recours en annulation contre une sentence CCJA, s'est déclarée à juste titre incompétente, par arrêt du 5 juin 2009 :

« Attendu qu'il n'est pas contesté que la sentence arbitrale, objet du présent recours, a été rendue sur la base du règlement d'arbitrage de la CCJA [...], que toute contestation portant sur la reconnaissance de la sentence arbitrale et sur l'autorité de la chose jugée qui en découle relève de la compétence exclusive de la Cour commune de justice et d'arbitrage en vertu des dispositions de l'article 29-1 du règlement d'arbitrage de la CCJA du 11 mars 1999 [...], qu'au regard de ce qui précède la cour d'appel de céans est incompétente pour connaître d'un tel recours »³.

Toutefois, lorsque le siège de l'arbitrage est situé en dehors de l'espace Ohada, l'on peut assister à une compétence concurrente entre la CCJA et les juridictions nationales compétentes des États concernés.

Ainsi dans l'affaire *Ekwa Ngalle* qui a fait l'objet d'un arrêt de la CCJA du 15 octobre 2015 rejetant le recours en contestation de validité, les demandeurs déboutés ont saisi la cour d'appel de Paris d'un recours en annulation contre la même sentence arbitrale, en se fondant sur le fait que le siège de l'arbitrage était à Paris⁴.

3. Renonciation au recours en annulation

Les parties peuvent renoncer au recours en annulation de la sentence arbitrale, soit dans la convention d'arbitrage, soit dans la requête aux fins d'arbitrage puis dans la réponse à la demande, soit au moment de l'élaboration du procès-verbal de cadrage prévu à l'article 15 du règlement d'arbitrage.

Lorsque la renonciation intervient au cours de la réunion de cadrage, le tribunal arbitral doit en faire expressément mention dans le procès-verbal.

La renonciation doit cependant être expresse pour éviter toute difficulté d'interprétation, ainsi que l'a affirmé la CCJA dans l'arrêt *Nestlé Sahel c/Scimas* du 19 juillet 2007 :

« Mais attendu que la convention d'arbitrage conclue par les parties, bien qu'ayant prévu que “tous différends découlant du présent contrat ou en relation avec celui-ci [...] seront tranchés définitivement suivant le Règlement d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'Ohada [...]”, ne saurait interdire le recours en contestation de validité de sentence initié par la Société Nestlé Sahel dès lors que comme indiqué à l'article 29.2 du Règlement précité, il ne ressort pas de ladite convention une renonciation expresse audit recours ; que la locution adverbiale “définitivement”, qui est purement usuelle, ne saurait impliquer à elle seule la renonciation au

3. CA de Ouagadougou, 5 juin 2009, arrêt n° 34, *Société Jossira Industries c/Ecobank Burkina*, Ohadata J-12-168.

4. CCJA, arrêt n° 102/2015 du 15 oct. 2015, *Léopold Ekwa Ngalle, Hélène Njanjo Ngalle et autres c/SNH et personnel SNH*.

recours en contestation de validité spécialement prévu par le Règlement d'arbitrage susvisé, recours auquel les parties ne peuvent renoncer que par une disposition expresse de la convention d'arbitrage; que tel n'étant pas le cas en l'espèce, il y a lieu de rejeter l'exception d'irrecevabilité soulevée par la SCIMAS. »⁵

Dans l'arrêt *République de Guinée Équatoriale c/la CEMAC et la Commercial Bank Guinea Ecuatorial* du 29 novembre 2011, la CCJA affirmait la nécessité d'une renonciation expresse :

« Attendu qu'aux termes des dispositions de l'article 29.2 du Règlement d'Arbitrage de la Cour, la contestation de validité n'est recevable que si, dans la convention d'arbitrage, les parties n'y ont pas renoncé » ;

*« Attendu qu'en l'espèce, la renonciation à toutes voies de recours a été faite par une disposition expresse de la convention d'arbitrage en l'article 13 de la Convention d'établissement ci-dessus énoncé ; qu'il échet en conséquence de déclarer le recours en contestation de validité de la sentence irrecevable »*⁶.

Dans l'arrêt *État du Mali c/ABS International* du 29 nov 2011, la CCJA fait observer que la seule mention du caractère « définitif » de la sentence arbitrale ne peut faire obstacle au recours en contestation de validité :

*« Les termes employés à l'article 34 du contrat de concession ne sont que des périphrases traduisant la règle de l'autorité de la chose jugée, qui s'attache à la sentence rendue sous l'égide de la CCJA, qui ne peut être remise en cause et n'est susceptible d'aucune autre voie de recours que celle du recours en contestation de validité, auquel ne saurait faire obstacle, la seule mention du caractère "définitif" de la sentence dans la convention d'arbitrage, toutes les sentences rendues sous l'égide de la CCJA étant revêtues de "l'autorité de chose jugée", comme prévu à l'article 23 de l'Acte uniforme sur le Droit de l'arbitrage et considérées comme décisions définitives ayant force de chose jugée, dès lors qu'elles ne sont plus susceptibles de voies de recours suspensives ; elles peuvent aussi faire l'objet d'un exequatur dès leur reddition, conformément à l'article 30 du Règlement d'arbitrage de la CCJA, que la convention d'arbitrage l'ait prévu ou non, sans que cette éventualité puisse constituer un obstacle à l'exercice du recours en contestation de validité de la sentence. Ainsi, l'exception d'irrecevabilité du recours n'est pas fondée et doit être rejetée »*⁷.

5. CCJA-Ohada, Ass. plén., arrêt n° 028/2007 du 19 juill. 2007, *Nestlé Sahel c/Scimas*, Recueil de jurisprudence n° 10, p. 62.

6. CCJA, Ass. plén., arrêt n° 012/2011 du 29 nov. 2011, *République de Guinée Équatoriale c/CEMAC et Commercial Bank Guinea Ecuatorial (CBGE)*, Ohadata J-13-142.

7. CCJA, Ass. plén., arrêt n° 011/2011 du 29 nov. 2011, *État du Mali c/ABS International*, Recueil de jurisprudence de la CCJA n° 17 p. 40, Ohadata J-13-147.

Dans l'arrêt *État du Mali c/Tomota* du 23 avril 2015, la CCJA considère que l'expression « *toute sentence sera définitive* » ne suffit pas à caractériser la renonciation au recours en contestation de validité :

« *Mais attendu qu'il est de jurisprudence de la Cour de céans que la renonciation des parties à toute contestation de la validité de sentence arbitrale ne peut résulter que de leur volonté clairement exprimée et sans aucune équivoque ; qu'en l'espèce, les termes "toute sentence prononcée par le tribunal arbitral sera définitive, opposable aux parties" contenus dans la clause compromissoire ne sont que des périphrases traduisant la règle de l'autorité de la chose jugée qui s'attache à la sentence rendue sous l'égide de la Cour de céans ; qu'ils signifient qu'une telle sentence ne peut être remise en cause et n'est susceptible d'aucune autre voie de recours que celle de la contestation de validité à laquelle ne saurait faire obstacle la seule mention du caractère "définitif" de la sentence contenue dans la clause compromissoire ; qu'il s'en suit que cette exception ne peut être accueillie [...]* »⁸

Dans l'arrêt *Ekwa Ngalle* du 15 octobre 2015, la CCJA est demeurée fidèle à sa jurisprudence en considérant que l'utilisation de l'expression « en dernier ressort » ne suffit pas à établir la renonciation au recours en contestation de validité de la sentence arbitrale :

« *Mais attendu qu'il ne résulte pas des termes de l'article 45 des statuts que les parties aient renoncé expressément à tout recours en contestation de validité ; qu'en effet le seul usage du vocable "en dernier ressort" n'est pas suffisant pour traduire une renonciation expresse audit recours ; qu'il échet dès lors de déclarer ledit recours recevable [...]* ».

Le législateur a pris soin d'encadrer la renonciation au recours en annulation qui ne peut intervenir dans toutes les hypothèses. Il en résulte que dès lors que la sentence est contraire à l'ordre public international, la renonciation des parties ne peut prospérer. Dans ce cas, la clause de renonciation est réputée non écrite et aucune partie ne peut s'en prévaloir.

4. Uniformisation des motifs d'annulation

S'agissant des motifs d'invalidation de la sentence qui se limitaient à quatre dans le Règlement d'arbitrage de mars 1999, le législateur en a retenu six dans le présent Règlement. Ces motifs sont désormais identiques à ceux prévus par l'acte uniforme applicable aux arbitrages *ad hoc* et institutionnels des autres organismes d'arbitrage de l'espace Ohada.

Il y a une abondante jurisprudence de la CCJA en ce qui concerne le recours en contestation de validité de la sentence arbitrale, correspondant à l'actuel recours en annulation.

8. CCJA, Ass. plén., arrêt n° 033/2015 du 23 avr. 2015, *État du Mali c/Société Groupe Tomota SA*, Ohadata J-16-33.

a. Le tribunal arbitral a statué sans convention d'arbitrage ou sur une convention nulle ou expirée

Dans l'arrêt du 17 avril 2014 *État du Mali c/CFAO*, la CCJA a constaté que la preuve du consentement de l'État du Mali n'avait pas été rapportée et que le tribunal arbitral avait statué sans convention d'arbitrage :

« Attendu qu'il résulte de l'examen des pièces versées au dossier, dont notamment la sentence arbitrale, que la compétence du tribunal arbitral avait été contestée in limine litis par l'État du Mali ; qu'il est incontesté et incontestable qu'aucune convention formelle ne lie les deux parties ; que le tribunal qui, reconnaissant "l'absence de convention expresse entre les Parties" (paragraphe 253 page 50), n'a retenu sa compétence qu'en raison du silence observé par l'État du Mali aux courriers du 19 avril et du 13 juillet 2011 adressés par la société CFAO pour conclure à un renoncement de son déclinatoire de compétence pourtant réaffirmé et plaidé par l'État du Mali lors de l'audience de plaidoiries ;

Attendu que le consentement à la saisine du tribunal arbitral sous l'égide de la CCJA ne se présume point et qu'aucune disposition ni du Traité fondateur de l'Ohada, ni du Règlement de procédure de la CCJA, ne permet de tirer de la non-réponse à une lettre reçue dans le cadre d'une procédure arbitrale, une renonciation à un déclinatoire écrit et plaidé de compétence ;

Attendu au surplus que CFAO ne prouve pas le consentement verbal que lui aurait donné le conseil de l'État du Mali ;

Qu'ainsi, le tribunal arbitral ayant statué sans convention d'arbitrage, sa sentence doit donc être annulée sans qu'il soit besoin de statuer sur le second moyen. »⁹

En revanche, dans l'arrêt *Bénin Control c/État du Bénin* du 15 octobre 2015, la haute juridiction communautaire a retenu l'existence d'une convention d'arbitrage visant la CCJA.

En l'espèce, l'État du Bénin soutenait que la clause de règlement des différends était vague et imprécise et qu'elle ne renvoyait donc pas à l'arbitrage de la Cour.

La CCJA a jugé que *« Toute clause renvoyant à l'arbitrage conformément aux dispositions du Traité de l'Ohada, renvoie à l'arbitrage institutionnel sous l'égide de la CCJA ; qu'en effet, le titre IV du Traité [...] ne réglemente que l'arbitrage institutionnel de la CCJA, les arbitrages ad hoc et les autres arbitrages institutionnels étant régis par l'acte uniforme relatif à l'arbitrage [...] »¹⁰*

9. CCJA-Ohada, Ass. plén., arrêt n° 039/2014 du 17 avr. 2014, *État du Mali c/CFAO*, Ohadata J-15-130.

10. CCJA-Ohada, Ass. plén., arrêt n° 103/2015 du 15 oct. 2015, *Bénin Control SA c/État du Bénin*.

Dans l'arrêt *NFC Bank c/Cheick Ibra Fall Ndiaye* du 11 mai 2017, la CCJA a également admis l'existence d'une convention d'arbitrage visant la CCJA, dans un contrat faisant référence « *aux règles d'arbitrage de l'Ohada* » :

« *Mais attendu que les "règles d'arbitrage de l'Ohada" renvoient indiscutablement aux dispositions du Titre IV du Traité de l'Ohada consacré à l'arbitrage institutionnel de la Cour commune de justice et d'arbitrage et auxquelles les parties doivent se soumettre [...]* »¹¹

La Cour a considéré en conséquence que le motif tiré de l'absence de convention d'arbitrage CCJA soulevé par le requérant manquait de pertinence.

Dans l'arrêt du 18 avril 2013, La CCJA retient la compétence du tribunal arbitral siégeant sous son égide, bien que la convention d'arbitrage ne la vise pas expressément. Elle se fonde d'une part sur le fait qu'aucun centre d'arbitrage n'a été choisi et que d'autre part, toutes les parties ont signé le procès-verbal constatant l'objet de l'arbitrage... et sont convenues de l'application du règlement d'arbitrage de la CCJA comme règle de procédure, démontrant ainsi leur commune volonté de soumettre le litige à un tribunal sous l'égide de la CCJA¹².

La cour d'appel de Paris a décidé qu'en l'absence de convention d'arbitrage, l'acte de mission qui est l'équivalent du procès-verbal de cadrage tient lieu de compromis arbitral¹³.

Aborder la question de la « convention d'arbitrage nulle » revient à déterminer les conditions de validité de la convention d'arbitrage. Or le Règlement d'arbitrage ne comporte aucune disposition relative à la validité ou à la nullité de la convention d'arbitrage. Il convient dès lors de se référer à l'Acte uniforme du 23 novembre 2017 qui contient les dispositions sur le droit commun de l'arbitrage dans l'espace Ohada.

Aux termes de l'article 4 dudit Acte uniforme « *La convention d'arbitrage est indépendante du contrat principal.*

Sa validité n'est pas affectée par la nullité de ce contrat et elle est appréciée d'après la commune volonté des parties, sans référence nécessaire à un droit étatique ».

S'agissant de la validité des conventions d'arbitrage conclues par les États et autres personnes morales de droit public, l'Acte uniforme précise que « *les États, les autres collectivités publiques territoriales, les établissements publics et toute autre personne morale de droit public peuvent également être parties à un arbitrage,*

11. CCJA-Ohada, Ass. plén., arrêt n° 111/2017 du 11 mai 2017, *NFC Bank c/Cheick Ibra Fall Ndiaye*.

12. CCJA-Ohada, Ass. plén., arrêt n° 020/2013 du 18 avr. 2013, *IAD c/CMDT, GSCVM, recueil de jurisprudence de la CCJA* n° 20, vol. 2, p. 104-109, Ohadata J-15-20.

13. cour d'appel de Paris, 19 mars 1987, *Rev. arb.* 1987, 498, note L. ZOLLINGER; cour d'appel de Paris, 12 janv. 1988, *Rev. arb.* 1988, 691, note L. ZOLLINGER.

quelle que soit la nature juridique du contrat, sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un différend, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage».

Dans l'arrêt du 29 novembre 2011, relatif à un arbitrage sous l'égide de la CCJA, la haute juridiction communautaire a considéré que c'est à tort que la nullité de la convention d'arbitrage était invoquée par la Guinée Équatoriale, en s'appuyant sur les dispositions de l'Acte uniforme précité :

« Attendu que la République de Guinée Équatoriale conteste la validité de la convention d'arbitrage et de la clause d'arbitrage qu'elle contient et qui fonde la compétence des arbitres en raison notamment du défaut de pouvoir du ministre en charge des Finances qui aurait signé ladite convention sans autorisation préalable du Premier ministre et l'avis du ministre en charge du Plan comme le prescrit impérativement la loi équato-guinéenne pour toute convention engageant l'État pour un montant de plus de dix millions de francs CFA ;

Mais attendu qu'aux termes des dispositions de l'article 4 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, la validité de la convention d'arbitrage "est appréciée d'après la commune volonté des parties, sans référence nécessaire à un droit étatique" ; que l'article 2 alinéa 2 du même Acte uniforme prévoit par ailleurs que les États "peuvent [...] être parties à un arbitrage, sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester [...] la validité de la convention d'arbitrage" ;

Qu'au surplus, au regard des circonstances de la signature de la Convention d'établissement, les représentants de la CBGE ayant pu croire légitimement aux pouvoirs du ministre en charge des Finances qui était aussi l'Autorité monétaire de la République de Guinée Équatoriale, celle-ci est malvenue d'invoquer sa propre réglementation pour contester la validité de la convention d'arbitrage ;

Qu'en conséquence, c'est à bon droit que le tribunal arbitral s'est estimé compétent pour statuer sur le litige en rendant la sentence dont la validité est contestée »¹⁴ ;

Cette jurisprudence de la CCJA, conforme aux principes internationaux en matière d'arbitrage, n'a malheureusement pas servi de référence au Tribunal de grande instance de N'Djaména qui a rendu le jugement très controversé le 5 octobre 2016, dans l'affaire *République du Tchad c/Consortium Esso, Petronas et Chevron Petroleum*.

Le juge tchadien s'est éloigné du principe cardinal de « l'autonomie de la convention d'arbitrage » et a écarté le protocole d'accord contenant la clause compromissoire prévoyant le recours à la procédure d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale au motif qu'il est inopposable à l'État tchadien, compte tenu du non-respect de certaines formalités de droit national.

14. CCJA, arrêt n° 012/2011 du 29 nov. 2011, *République de Guinée Équatoriale et CEMAC c/Commercial Bank Guinea Ecuatorial*.

« Mais attendu que l'article 7 du protocole en cause dispose que « le protocole d'accord, après signature des parties sera confirmé par un Décret du Président de la République pris en Conseil des ministres [...] qu'en l'espèce, le consortium n'a pu rapporter la preuve de l'accomplissement d'une telle formalité [...] que dès lors, le consortium ne saurait se baser sur un tel accord qui n'a pas achevé la procédure de sa validation pouvant lui donner force juridique pour être opposable à l'État tchadien [...] »¹⁵.

b. Le tribunal arbitral a été irrégulièrement composé et l'arbitre unique irrégulièrement désigné

La composition irrégulière du tribunal arbitral ne figurait pas parmi les motifs d'annulation de la sentence arbitrale rendue sous l'égide de la CCJA, dans le Règlement de mars 1999. La jurisprudence apprécie cette irrégularité de façon large. L'irrégularité peut être liée au défaut d'indépendance ou d'impartialité des arbitres. Il en est ainsi lorsque les parties désignent leurs avocats en qualité d'arbitres¹⁶.

L'irrégularité peut être relevée lorsque la constitution du tribunal arbitral n'est pas conforme aux stipulations de la convention d'arbitrage ou lorsque l'égalité entre les parties n'est pas respectée.

La CCJA apprécie discrétionnairement la pertinence des irrégularités alléguées dans le cadre de la constitution du tribunal ou de la désignation de l'arbitre unique. La question de la régularité de la désignation de magistrats en qualité d'arbitres a été posée à la Cour dans l'arrêt n° 27/10 du 29 avril 2010¹⁷.

La cour d'appel judiciaire de Libreville, par arrêt n° 13/04-05 du 3 décembre 2004, a annulé une sentence arbitrale pour composition irrégulière du tribunal arbitral constitué de magistrats en fonction, n'ayant pas obtenu l'autorisation de leur hiérarchie. Les défendeurs faisaient observer qu'aux termes de l'article 13 de la loi gabonaise n° 12/94 du 16 septembre 1994, l'exercice des fonctions de magistrat est incompatible avec l'exercice de toute autre fonction publique et de toute autre activité professionnelle ou salariée ; à défaut d'une autorisation délivrée par ses supérieurs hiérarchiques, un magistrat en fonction n'est pas habilité à accomplir des missions en qualité d'arbitre. Les magistrats désignés n'ayant pas obtenu l'autorisation de leur hiérarchie, leur participation au processus arbitral rend irrégulière la composition du tribunal arbitral.

15. Jugement civil n° 251/2016 du 5 oct. 2016, ministère des Finances et du Budget et le Secrétaire général du Gouvernement, inédit.

16. CCJA-Ohada, arrêt n° 001/2002 du 10 janv. 2002, Recueil de jurisprudence, numéro spécial, janv. 2003, p. 16 ; Ohadata J-02-23.

17. CCJA-Ohada, 1^{re} ch., arrêt n° 27/2010 du 29 avr. 2010, *Connexion Marketing c/Synergie Gabon*.

La question posée paraissait intéressante d'autant que plusieurs magistrats en fonction figurent sur la liste des arbitres de la CCJA et que ceux-ci sont parfois désignés pour des fonctions d'arbitres. La désignation d'un magistrat en fonction est-elle régulière ?

La Cour n'a malheureusement pas pu apporter de réponse à cette importante préoccupation ; elle a considéré que les requérants qui avaient connaissance de la qualité de magistrat des personnes désignées, « *se sont abstenus d'invoquer sans délai cette prétendue irrégularité jusqu'au prononcé de la sentence arbitrale [...] qu'il suit qu'en statuant comme elle l'a fait par l'arrêt attaqué, la cour d'appel judiciaire de Libreville a violé les dispositions de l'article 14 précité de l'Acte uniforme susvisé [...]* ».

C'est ainsi, à tort, qu'une partie de la doctrine a prétendu que la CCJA reconnaît aux magistrats le droit de participer aux arbitrages en souscrivant au moyen selon lequel la fonction d'arbitre n'est ni une fonction publique, ni une activité professionnelle ou salariée au sens où l'entend le statut des magistrats¹⁸.

La Cour s'est contentée de rappeler la règle de l'article 14 avant dernier alinéa de l'acte uniforme du 11 mars 1999 qui dispose :

« La partie qui, en connaissance de cause, s'abstient d'invoquer sans délai une irrégularité et poursuit l'arbitrage, est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir ».

Il s'ensuit qu'à aucun moment, la Cour ne s'est prononcée ni implicitement ni de façon explicite sur l'aptitude des magistrats à être arbitre.

À titre de droit de droit comparé, l'article 14 de la loi organique française n° 2001-539 du 25 juin 2001 relative au statut des magistrats et au Conseil Supérieur de la magistrature interdit de façon expresse aux magistrats en exercice, l'accès aux fonctions d'arbitre :

« L'exercice des fonctions de magistrat est incompatible avec l'exercice de toutes fonctions publiques et de toute autre activité professionnelle ou salariée.

Des dérogations individuelles peuvent toutefois être accordées aux magistrats, par décision des chefs de Cour, pour donner des enseignements ressortissants à leur compétence ou pour exercer des fonctions ou activités qui ne seraient pas de nature à porter atteinte à la dignité du magistrat et à son indépendance, à l'exception des activités d'arbitrage, sous réserve des cas prévus par les dispositions législatives en vigueur.

Les magistrats peuvent, sans autorisation préalable, se livrer à des travaux scientifiques, littéraires ou artistiques ».

18. A. NGWANZA, « L'essor de l'arbitrage international en Afrique sub saharienne : les apports de la CCJA », *Revue de l'Ersuma*, n° 3, sept. 2013, p. 72.

Le législateur français retient en conséquence l'incompatibilité entre les fonctions de magistrat en exercice et celles d'arbitre.

En revanche, la Cour constitutionnelle béninoise a considéré qu'un magistrat en fonction pouvait valablement assumer des fonctions d'arbitre¹⁹.

Dans un arrêt du 18 décembre 2014, la Cour de cassation française a retenu le motif tiré de l'irrégularité dans la constitution du tribunal arbitral. Cette décision montre de façon manifeste que l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre peuvent avoir une incidence significative sur la validité de la sentence arbitrale :

« [...] Qu'ayant retenu que la déclaration d'indépendance de l'arbitre revêtait un caractère délibérément tronqué et réducteur et qu'aucune circonstance spécifique ne justifiait de mettre en doute, dans l'esprit des parties, la sincérité de la déclaration, quand rien au regard des circonstances révélées ne leur imposait de procéder à des investigations particulières, la cour d'appel a décidé à bon droit que, dès lors que des éléments importants manquaient dans la déclaration de l'arbitre, la société Duan de Nitya n'avait pas renoncé à contester la régularité de la composition du tribunal arbitral ;

Qu'ayant relevé d'une part que la société Duan de Nitya avait dû choisir un arbitre sur une liste fermée limitée à quatre noms avec faculté de subdélégation réservée au président de l'organisme d'autre part, que les liens professionnels étroits entre l'arbitre et l'avocat de la société VR services étaient de nature à créer dans l'esprit des parties quant à l'impartialité et l'indépendance de l'arbitre, la cour d'appel en a exactement déduit, hors de toute dénaturation, que le tribunal arbitral avait été irrégulièrement composé [...] »²⁰.

c. Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui a été confiée

Le non-respect de la mission paraît être une notion particulièrement vague et imprécise. Dans l'arbitrage CCJA, il s'agit de s'assurer que le tribunal arbitral s'est conformé à la mission déterminée par les parties dans le procès-verbal de cadrage, instrument fondamental de l'arbitrage sous l'égide de la CCJA. Dans plusieurs arrêts, la CCJA précise les contours de cette notion.

Ainsi dans l'arrêt du 19 novembre 2015 opposant l'État de Guinée à GETMA International, la CCJA a considéré que s'agissant d'un arbitrage sous son égide, les arbitres devaient impérativement se soumettre aux dispositions du Règlement sur la fixation des honoraires des arbitres. Il en résulte que le tribunal arbitral qui conclut un accord avec les parties sur le

19. Décision DCC 14-216 du 29 déc. 2014 ; http://www.cour-constitutionnelle-benin.org/doss_decisions/DCC%2014-216.pdf

20. Cass. 1^{re} civ., 18 déc. 2014, n° 14-11085.

montant des honoraires, nonobstant les prohibitions expresses du Règlement d'Arbitrage, ne respecte pas sa mission et sa sentence encourt l'annulation :

« Attendu qu'il est constant comme résultant du dossier qu'à la suite de la fixation par la Cour du montant des honoraires des arbitres à la somme de 40 480 332 francs CFA, le président du tribunal arbitral a directement négocié avec les conseils des parties en litige et obtenu leur accord pour que le montant desdits honoraires soit porté à la somme de de 450 000 euros, soit 295 180 650 francs CFA ; qu'ayant ensuite saisi la Cour pour obtenir la régularisation de cette majoration, ses requêtes ont été successivement rejetées par les décisions n° 081/2013/CCJA/ADM/ARB en date du 1^{er} août 2013 et n° 096/2013/CCJA/ADM/ARB du 3 octobre 2013 ; que nonobstant ces décisions, le président du tribunal arbitral a obtenu de GETMA le paiement de sa quote-part sur la somme réclamée, outre la condamnation de cette dernière au paiement de la quote-part de la République de Guinée ;

Qu'en écartant ainsi délibérément des dispositions essentielles du Règlement d'arbitrage auquel les parties ont convenu de soumettre le traitement de leur différend par la clause compromissoire insérée au contrat de concession, le tribunal arbitral ne s'est pas conformé à sa mission ; qu'il échet d'annuler la sentence, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du recours »²¹.

Cet arrêt a suscité quelques controverses, de sorte que, dans le nouveau Règlement de novembre 2017, il est indiqué de façon non équivoque à l'article 24.4 alinéa 2 :

« Toute fixation d'honoraires sans l'aval de la Cour est nulle et de nul effet, sans que cela puisse constituer une cause d'annulation de la sentence ».

En conséquence, même si une telle fixation d'honoraires est irrégulière et nulle, la Cour ne pourra plus annuler des sentences pour un tel motif.

Dans l'arrêt n° 28/2007 du 19 juillet 2007 *Nestlé Sahel c/Scimas*, la CCJA a jugé que le tribunal arbitral qui statuait en amiable composition, s'est éloigné de sa mission qui consistait à appliquer la loi ivoirienne :

« Qu'en statuant ainsi, le tribunal arbitral a jugé en équité alors que celle-ci, comme moyen de rendre une décision, n'est admise que lorsque l'arbitre a reçu des parties le pouvoir de statuer en amiable compositeur ; que ce faisant, ledit tribunal a violé la mission qui lui avait été conférée telle qu'elle résulte de la clause compromissoire rappelée dans le procès – verbal du 29 juillet 2004 et qui était de statuer selon la loi ivoirienne ; que la violation de la mission étant flagrante, la sentence querellée encourt annulation »²².

21. CCJA-Ohada, Ass. plén., arrêt n° 139/2015 du 19 nov. 2015, *République de Guinée c/Getma international*.

22. CCJA-Ohada, Ass. plén., arrêt n° 028/2007 du 19 juill. 2007, *Nestlé Sahel c/Scimas*, *Recueil de jurisprudence de la CCJA* n° 10, juill.-déc. 2007, p. 62, *Penant* n° 867, p. 226, note B. DIALLO.

Dans l'arrêt n° 29/2007 du 19 juillet 2007 opposant la SIR à Bona Shipholding, la demanderesse reprochait au tribunal arbitral d'avoir violé sa mission. La CCJA a jugé que ce grief n'était pas fondé :

« Attendu qu'il est fait grief à la sentence attaquée, d'avoir été rendue par les arbitres, en application des usages du commerce, alors qu'ils ne peuvent les utiliser que pour désigner la loi issue de la règle de conflit qu'ils jugent appropriée au règlement du litige ; qu'en statuant ainsi, alors que les arbitres avaient pour mission de statuer exclusivement en droit sur les demandes dont ils étaient saisis, la sentence encourt l'annulation ;

Mais attendu qu'en application du Règlement d'arbitrage de la cour de céans, en son article 17 auquel les parties avaient convenu de soumettre le litige, l'arbitre tiendra compte des usages de commerce dans tous les cas, c'est-à-dire même lorsque les parties ont expressément désigné la loi devant s'appliquer au différend ; qu'en l'espèce, en se référant aux usages de commerce, dont l'existence n'est pas contestée par la requérante, le tribunal arbitral a statué en droit ainsi qu'il en avait l'obligation, conformément au procès-verbal du 13 septembre 2004 »²³.

L'arrêt n° 010/2003 du 19 juin 2003 dans l'affaire *Époux Delpech c/Sotaci* a offert l'occasion à la CCJA de préciser que le tribunal arbitral qui a pour mission de statuer en amiable composition, peut appliquer des règles de droit pour autant qu'elles soient compatibles avec l'amiable composition :

« En se fondant sur des solutions légales pour régler le différend, les arbitres qui n'avaient pas l'obligation de statuer uniquement en amiable compositeur sont restés dans le cadre de la mission qui leur a été confiée. Dès lors, doit être rejetée la demande d'annulation de la sentence »²⁴.

La mauvaise application par le tribunal arbitral d'une disposition législative ou réglementaire ne peut être considérée comme un non-respect de la mission de l'arbitre. La CCJA l'a fait observer dans l'arrêt n° 037/2017 du 9 mars 2017 opposant Kouassi Yao Alexandre à la Société Armajaro Côte d'Ivoire :

« Que pour établir la violation de la mission par l'arbitre, Kouassi Yao expose que [...] l'arbitre a violé l'article 1134 du Code civil et n'a pas statué conformément à sa mission ;

Qu'il apparaît ainsi que le demandeur reproche à l'arbitre l'application qu'il a faite des dispositions de l'article 1134 du Code civil ;

23. CCJA-Ohada, Ass. plén., arrêt n° 029/2007 du 19 juill. 2007, *Société Ivoirienne de Raffinage (SIR) c/Bona Shippolding et autres*, Recueil de jurisprudence de la CCJA n° 10, juill.-déc. 2007, p. 12, Penant n° 867, p. 226, note B. DIALLO.

24. CCJA-Ohada, Ass. plén., arrêt n° 010/2003 du 19 juin 2003, *Époux Delpech c/SOTACI*, Recueil de jurisprudence de la CCJA, n° 1, janv.-juin 2003, p. 49.

Mais attendu que même avérée, la mauvaise application d'un texte de loi par l'arbitre ne peut par elle seule, constituer une violation de sa mission par l'arbitre [...] »²⁵.

d. Le principe du contradictoire n'a pas été respecté

Le principe du contradictoire fait partie des principes fondamentaux du droit processuel. Plusieurs arrêts ont permis à la CCJA de préciser le contenu dudit principe. Ainsi dans l'arrêt CCJA du 23 avril 2015 *État du Mali c/TOMOTA*, la Cour fait observer :

« Mais attendu que le respect du principe du contradictoire suppose que chacune des parties ait été mise en mesure de discuter l'énoncé des faits et les moyens juridiques que ses adversaires lui ont opposés ; qu'en l'espèce, il résulte de la sentence contestée que les deux parties au litige ont été mises en état, non seulement de faire connaître tout ce qui est nécessaire au succès de leur demande ou de leur défense, mais aussi d'examiner et de discuter les pièces ainsi que les moyens soumis au tribunal arbitral ; que le recours ou non à un expert est une faculté à la discrétion de l'arbitre, aux termes de l'article 19.3 du Règlement d'arbitrage de la Cour de céans, et ne saurait constituer une violation du principe du contradictoire ; qu'il échet dès lors de rejeter ce motif comme étant non fondé »²⁶.

e. La sentence arbitrale est contraire à l'ordre public international

« Désignant l'ensemble des principes – écrits ou non – qui sont considérés dans un ordre juridique donné comme fondamentaux, et dont le respect est à ce titre impératif, l'ordre public apparaît comme un garde-fou (ou un obstacle, c'est selon) en matière de règlement par arbitrage des litiges du commerce international »²⁷.

La jurisprudence de la CCJA a permis d'élaborer une riche construction de l'ordre public international, notion aux contours toujours incertains et dont le contenu est en constante évolution au gré des mutations sociales²⁸.

Dans l'arrêt du 15 octobre 2015, *État du Bénin c/SCP et Patrice Talon*, la CCJA devait se prononcer sur une sentence arbitrale qui a annulé un décret pris par le Président du Bénin. Elle a jugé qu'une telle sentence heurtait l'ordre public international :

« Qu'en l'espèce, la sentence arbitrale du 13 mai 2014, au lieu de ne se limiter qu'aux condamnations pécuniaires, a déclaré que "le décret n° 2013-485 du 18 novembre

25. CCJA-Ohada, arrêt n° 037/2017 du 9 mars 2017, *Kouassi Yao Alexandre c/Société Armajaro Côte d'Ivoire*.

26. CCJA-Ohada, Ass. plén., arrêt n° 033/2015 du 23 avr. 2015, *État du Mali c/Groupe Tomota SA*, Ohadata J-16-33.

27. *Introduction aux travaux du colloque CREDIMI à Dijon des 15 et 16 mars 2013, L'ordre public et l'arbitrage*, Éditions LexisNexis Litec.

28. G. KENFACK DOUJANI, « Notions d'ordre public international dans l'arbitrage Ohada », *Rev. cam. arb.*, n° 29, avr.-juin 2005, p. 3, Ohadata.

2013 est de nul effet sur la convention de création de la SODECO en date du 10 octobre 2008 et par conséquent, décide que ladite convention n'est pas suspendue du fait de ce décret"; que ce faisant, cette sentence a contrarié l'ordre public international; qu'il échet de prononcer son annulation. »²⁹

Dans le cadre du contrôle de la sentence arbitrale, la CCJA fait observer que le requérant doit relever en quoi la sentence est contraire à l'ordre public international. Ainsi dans l'arrêt *Sonapra c/SHB* du 30 juin 2011, la Cour note que « le requérant ne précise pas en quoi la sentence attaquée est contraire audit ordre public international »³⁰.

Dans un précédent arrêt en date du 17 juillet 2008 et opposant les mêmes parties, la CCJA fait une curieuse distinction entre arbitrage interne et arbitrage international qui n'apparaît ni dans le règlement d'arbitrage de la CCJA ni dans l'acte uniforme sur le droit de l'arbitrage.

Elle en déduit que « le droit applicable au fond du litige est le droit béninois; que ledit litige, qui oppose deux sociétés de droit béninois relativement au commerce interne, relève de l'arbitrage interne; que dès lors, c'est à tort qu'est invoquée la violation de l'ordre public international comme moyen d'annulation de la sentence rendue dans un tel arbitrage [...] »³¹.

L'arrêt *Planor Afrique c/Société Atlantique Télécom* a considéré que l'autorité de la chose jugée est un principe fondamental participant de l'ordre public international et s'opposant à ce que l'arbitre statue dans la même cause opposant les mêmes parties dans une affaire faisant déjà l'objet d'une décision d'un juge étatique.

« Attendu que PLANOR AFRIQUE fait grief à la sentence, dans la première branche du quatrième moyen de son recours, d'être contraire à l'ordre public international en exposant à l'appui de ce grief l'incompatibilité de la sentence avec notamment une décision rendue dans la même cause par la cour d'appel de Ouagadougou par arrêt en date du 19 juin 2009 et qui a acquis l'autorité de la chose jugée et est donc irrévocable faute d'exercice d'une voie de recours;

Attendu qu'en tout état de cause, même si cet arrêt a effectivement fait l'objet d'un pourvoi en cassation comme l'a fait remarquer à juste raison la défenderesse à la présente, il n'en demeurerait pas moins au moment du prononcé de la sentence une décision définitive bénéficiant de l'autorité et de la force de chose jugée aussi longtemps qu'il n'est pas annulé; qu'il s'y ajoute que le pourvoi en cassation qui a été formé

29. CCJA-Ohada, Ass. plén., arrêt n° 104/2015 du 15 oct. 2015, *État du Bénin c/SCP et Patrice Talon*.

30. CCJA-Ohada, Ass. plén., arrêt n° 04/2011 du 30 juin 2011, *SONAPRA c/SHB*, *Recueil de jurisprudence de la CCJA*, n° 16, p. 20, Ohadata J-12-137.

31. CCJA-Ohada, Ass. plén., arrêt n° 045/2008 du 17 juill. 2008, *SONAPRA c/SHB*, *Rev. arb.* 2010, p. 595 et s.

contre ledit arrêt devant la Cour de céans a d'ailleurs fait l'objet d'une décision de rejet par arrêt n° 041/2010 en date du 10 juin 2010 qui lui confère l'irrévocabilité ;

Attendu que l'autorité de la chose jugée, principe fondamental de la justice en ce qu'il assure la sécurité juridique d'une situation acquise, participant de l'ordre public international au sens des articles 29.2 et 30.6-4 du Règlement d'arbitrage de la CCJA, s'oppose à ce que l'arbitre statue dans la même cause opposant les mêmes parties ;

Qu'en conséquence, en statuant à nouveau sur la demande de cession forcée des mêmes actions, la sentence du tribunal arbitral, qui porte ainsi atteinte à l'ordre public international, doit être annulée [...] »³².

En droit comparé, il a été noté que les tribunaux arbitraux ne devraient pas valider ou entériner des pratiques illicites ou des actes de corruption³³.

La cour d'appel de Paris a ainsi rendu un important arrêt le 21 février 2017, dans l'affaire *République du Kirghizistan c/Valéry Belokon* qui consacre les possibilités d'extension du contrôle de l'ordre public international :

« Considérant que le volume et la structure de ces transactions réalisées par une banque qui était en déconfiture lors de sa reprise par M. Belokon à la fin de l'été 2007 apparaissent sans rapport avec l'état de l'économie kirghize ; qu'un succès aussi foudroyant, dans un temps aussi bref, dans un pays aussi pauvre, n'est pas explicable par des pratiques bancaires orthodoxes ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède des indices graves, précis et concordants de ce qu'Insan Bank a été reprise par M. Belokon afin de développer dans un État où ses relations privilégiées avec le détenteur du pouvoir économique lui garantissaient l'absence de contrôle réel de ses activités, des pratiques de blanchiment qui n'avaient pu s'évanouir dans l'environnement moins favorable de la Lettonie ;

Considérant que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence entreprise, qui aurait pour effet de faire bénéficier M. Belokon du produit d'activités délictueuses, viole de manière manifeste, effective et concrète l'ordre public international ; qu'il convient donc de prononcer l'annulation souhaitée [...] »³⁴.

f. La sentence arbitrale est dépourvue de toute motivation

Le défaut de motivation ne figurait pas parmi les motifs d'annulation prévus par le Règlement d'arbitrage de la CCJA du 11 mars 1999, d'autant qu'il

32. CCJA-Ohada, arrêt n° 03/2011 du 31 janv. 2011, *Société Planor Afrique SA c/Société Atlantique Télécom SA*, OhadataJ-12-136.

33. E. GAILLARD, « La corruption saisie par les arbitres du commerce international », *Rev. arb.* 2017, 805 ; T. CLAY, « Panorama Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », *D.*, 28 déc. 2017, n° 44, p. 2570 ets.

34. CA Paris, pôle 1, ch. 1, 21 févr. 2017, n° 15/01650, *République du Kirghizistan c/Valéry Belokon*, *D.* 2017. 2054, obs. S. BOLLÉE.

était indiqué que les parties pouvaient convenir que la sentence arbitrale ne soit pas motivée.

Le présent Règlement du 23 novembre 2017 intègre le défaut de motivation parmi lesdits motifs. Afin d'éviter tout contrôle éventuel des motifs de la sentence arbitrale, le législateur fait état d'une sentence « *dépourvue de toute motivation* ».

Il n'appartient dès lors pas à la CCJA, juge du contrôle de la validité de la sentence arbitrale de sanctionner une motivation insuffisante, erronée ou une contrariété des motifs. L'annulation ne peut intervenir que s'il n'y a pas de motivation du tout.

À titre d'exemple, le juge français a considéré qu'il ne lui appartient pas de contrôler le contenu de la motivation³⁵.

La doctrine considère que « *la contradiction de motifs, qui est l'un des aspects de l'absence de motifs puisqu'ils s'annulent réciproquement, est un grief irrecevable. L'emploi de motifs inintelligibles, dubitatifs ou hypothétiques, qui est une manifestation du défaut de motifs, est aussi exclu du contrôle, car il s'agit encore d'un vice qui affecte le contenu de la motivation. L'insuffisance des motifs et leur absence de rapport logique sont, pour les mêmes raisons, des griefs irrecevables.*

Le seul contrôle admis au titre du bon accomplissement de la mission est celui de l'existence matérielle de la motivation. Il s'agit d'une constatation matérielle et non d'une critique intellectuelle du raisonnement de l'arbitre »³⁶.

La CCJA confirme cette perception de la nature du contrôle du juge relativement à la motivation de la sentence arbitrale, dans l'arrêt du 29 novembre 2011 opposant l'État du Mali à ABS International, en relevant que le juge du contrôle n'a pas vocation à apprécier le bien-fondé de la sentence arbitrale :

« *Qu'au surplus, le non-respect par l'arbitre de sa mission ne peut avoir pour objet la révision au fond de la sentence, mais seulement de permettre au juge de vérifier si les arbitres se sont ou non, sur les points où leur décision est critiquée, conformés à leur mission, sans avoir à apprécier le bien-fondé de leur décision ; d'où il suit que ce moyen n'est pas fondé [...]* »³⁷.

5. Délais du recours en annulation

Dès la notification de la sentence arbitrale par le Secrétaire général, les parties disposent d'un délai de deux mois pour introduire un recours en

35. Cass. 1^{re} civ., 14 juin 2000, *Rev. arb.* 2001, p. 729, annotation H. LÉCUYER.

36. D. HASHER, « Les perspectives françaises sur le contrôle de la sentence internationale ou étrangère », *Revue de règlement des différends de McGill*, 2015, vol. 1.2, p. 6.

37. CCJA-Ohada, arrêt n° 011/2011 du 29 nov. 2011, *État du Mali c/ABS International*, *Recueil de jurisprudence de la CCJA*, n° 17 juill.-déc. 2011, p. 40, Ohadata J-13-147.

annulation devant la Cour. Si le siège de l'arbitrage est situé dans l'espace Ohada, la CCJA est seule compétente pour se prononcer sur le recours en annulation de la sentence. Aucune autre juridiction étatique des pays membres de l'Ohada ne peut être saisie d'un tel recours.

En revanche lorsque le siège est en dehors de l'espace Ohada, il est loisible aux parties de saisir les juridictions nationales de l'État du siège, conformément aux dispositions du droit processuel en vigueur dans ledit pays.

L'article 29.4 du Règlement introduit une innovation importante dans la phase post arbitrale du système d'arbitrage de la CCJA et s'inscrit dans le cadre de la célérité des procédures. La Cour est saisie conformément à son Règlement de procédure du 18 mars 1996 révisé par celui du 30 janvier 2014. Toutefois, non seulement, les délais de procédure sont abrégés et réduits de moitié, mais aussi la Cour doit impérativement se prononcer dans un délai maximum de six mois.

Désormais les parties à un arbitrage sous l'égide la CCJA peuvent avoir une maîtrise des délais aussi bien pendant la phase arbitrale qu'en ce qui concerne les recours.

6. Attestation d'exequatur

En cas de rejet du recours en annulation, la sentence devient automatiquement exécutoire. La partie la plus diligente saisit le Secrétaire général aux fins d'obtenir une attestation d'exequatur, conformément à l'article 31.1 du présent Règlement qui dispose que « *Cette attestation mentionne que l'exequatur a été accordé à la sentence, selon le cas, [...] soit par un arrêt de la Cour rejetant un recours en annulation, soit par un arrêt de la Cour infirmant un refus d'exequatur* ».

7. Mutation de la CCJA en juridiction de fond

L'aptitude de la CCJA à évoquer et à statuer au fond constitue une spécificité de l'arbitrage sous l'égide de la CCJA. Cela suppose une demande conjointe ces parties, ainsi que la Cour l'a souligné de façon non équivoque dans l'arrêt n° 028/2007 du 19 juillet 2007 *Nestlé Sahel c/Scimas* :

« *Attendu qu'il s'infère des dispositions de l'article 29.5, alinéa 2, sus énoncé du Règlement d'arbitrage susvisé que l'évocation doit résulter de la volonté commune clairement exprimée des parties ; qu'en l'espèce, en raison de l'opposition marquée de la Scimas qui se fonde, à juste titre, à cet égard, sur les stipulations du contrat de distribution précité la liant à la Société Nestlé Sahel, lequel n'a pas prévu l'évocation, il*

convient de conclure que les conditions d'application dudit article ne sont pas réunies ; qu'il y a lieu en conséquence de rejeter la demande d'évocation de la Société Nestlé Sahel »³⁸.

La procédure consécutive à l'évocation a suscité beaucoup de commentaires et d'interrogations au niveau de la doctrine. Le Professeur Jean Marie Tchakoua a évoqué le « *pari impossible sur la nature de la procédure consécutive à l'évocation* ».

Il soutient à juste titre que l'évocation sollicitée par les parties pourrait s'interpréter comme « *une renonciation à la convention d'arbitrage* »³⁹.

Dans une telle hypothèse, la CCJA se retrouve saisie directement au fond d'un litige qui n'aura pas passé le filtre du premier degré et de la cour d'appel.

La CCJA va ainsi agir comme un tribunal, une cour d'appel et une Cour de cassation. Elle va rendre un arrêt insusceptible de recours.

Les parties peuvent-elles demander à la Cour d'évoquer et de se prononcer sur le fond dans toutes les matières faisant l'objet de la procédure d'arbitrage ou l'évocation ne peut-elle intervenir que dans les matières figurant dans le droit communautaire Ohada ?

Cette question qui se posait déjà dans le Règlement de 1999 n'a malheureusement pas été réglée dans le Règlement du 23 novembre 2017. Elle demeure en conséquence totalement ouverte.

38. CCJA-Ohada, arrêt n° 028/2007 du 19 juill. 2007, *Nestlé Sahel c/Scimas*, *Recueil de jurisprudence* n° 10, juill.-déc. 2007, p. 62 ; *Penant* n° 867, p. 226, note B. DIALLO.

39. P. MEYER, *Code Vert Ohada, Actes uniformes commentés, le Règlement d'arbitrage de la CCJA*, Éd. 2016, p. 224 ; J.-M. TCHAKOUA, « Le système d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage en questions », *Rev. cam. arb.*, févr. 2010, numéro spécial, p. 173, Ohadata D-11-45.

Article 30 – Exequatur

30.1 La sentence est susceptible d'exequatur dès son prononcé.

L'exequatur est demandé par une requête adressée au Président de la Cour, avec copie au Secrétaire général. Ce dernier transmet immédiatement à la Cour les documents permettant d'établir l'existence de la sentence arbitrale et de la convention d'arbitrage.

30.2 L'exequatur est accordé, dans les quinze (15) jours du dépôt de la requête, par une ordonnance du Président de la Cour ou du juge délégué à cet effet et confère à la sentence un caractère exécutoire dans les Etats Parties. Cette procédure n'est pas contradictoire.

L'exequatur n'est pas accordé si la Cour se trouve déjà saisie, pour la même sentence, d'une requête formée en application de l'article 29 ci-dessus. En pareil cas, les deux requêtes sont jointes.

Sauf si l'exécution provisoire de la sentence a été ordonnée par le tribunal arbitral, l'exercice du recours en annulation suspend l'exécution de la sentence arbitrale jusqu'à ce que la Cour ait statué.

La Cour est également compétente pour statuer sur le contentieux de l'exécution provisoire.

La décision sur l'exequatur des sentences relatives à des mesures provisoires ou conservatoires est rendue dans un délai de trois (3) jours à compter du dépôt de la requête à la Cour.

30.3 Si l'exequatur est refusé, la partie requérante peut saisir la Cour dans les quinze (15) jours de la notification du rejet de sa requête. Ce délai est réduit à trois (3) jours lorsque le recours porte sur l'exécution d'une sentence du tribunal arbitral relative à des mesures provisoires ou conservatoires. Elle notifie le recours à la partie adverse.

30.4 La décision du Président qui accorde l'exequatur n'est susceptible d'aucun recours.

30.5 L'exequatur ne peut être refusé que dans les cas suivants :

- a) si le tribunal arbitral a statué sans convention d'arbitrage ou sur une convention nulle ou expirée ;
- b) si le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée ;
- c) lorsque le principe de la procédure contradictoire n'a pas été respecté ;
- d) si la sentence est contraire à l'ordre public international.

1. Saisine du président de la Cour

La requête aux fins d'exequatur est désormais adressée au président de la Cour et non à la Cour comme c'était le cas dans le Règlement d'arbitrage du 11 mars 1999. Par ailleurs, le Secrétaire général est désormais associé à la procédure d'exequatur d'autant qu'il reçoit une copie de la requête et qu'il a l'obligation de transmettre à la Cour une copie de la sentence arbitrale et de la convention d'arbitrage.

L'exequatur de la sentence arbitrale est susceptible d'être accordé dès le prononcé de ladite sentence. Les parties n'ont dès lors pas besoin d'attendre la notification de la sentence par le Secrétaire général. La requête aux fins d'exequatur peut être introduite dès la signature de la sentence par le tribunal arbitral et sa transmission au Secrétaire général par ledit tribunal.

Le législateur n'indique pas les pièces qui accompagnent la requête puisqu'en tout état de cause, le Secrétaire général qui reçoit copie de la requête « *transmet immédiatement à la Cour les documents permettant d'établir l'existence de la sentence arbitrale et de la convention d'arbitrage* ».

2. Célérité de la procédure

Le Président de la Cour ou le juge délégué à cet effet est désormais enfermé dans un délai pour se prononcer sur les procédures d'exequatur. S'agissant d'une sentence relative au fond du litige ou portant sur des questions ne concernant pas des mesures provisoires ou conservatoires, il se prononce dans un délai maximum de quinze (15) jours.

Si la sentence porte sur des mesures provisoires ou conservatoires, l'exequatur est accordé dans un délai de trois jours.

3. Ordonnance d'exequatur

Les décisions d'exequatur sont rendues par voie d'ordonnance, dans le cadre d'une procédure non contradictoire, hors la présence de la partie adverse.

Si un recours en annulation de la sentence arbitrale a été déjà introduit, le Président de la Cour ne peut accéder à la requête aux fins d'exequatur, sauf si l'exécution provisoire de la sentence arbitrale a été ordonnée par le tribunal arbitral.

Si la sentence ne bénéficie pas de l'exécution provisoire et que le Président de la Cour a accordé l'exequatur, dès que le recours en annulation est introduit, il entraîne une suspension de l'exécution de la sentence. Toutes contestations éventuelles sur la poursuite de cette exécution sont portées devant la Cour statuant en annulation de la sentence arbitrale.

L'exequatur des sentences rendues sous l'égide de la CCJA relève de la compétence exclusive de ladite Cour dans l'espace Ohada.

4. Refus d'exequatur

Il est loisible au Président de la Cour ou à la Cour de refuser l'exequatur dans les quatre hypothèses limitativement énumérées par le législateur à l'article 30.5 ci-dessous du Règlement.

Il n'existe pas de recours direct contre la décision du Président de la Cour accordant l'exequatur. Toutefois, le plaideur peut bloquer l'exécution de la sentence arbitrale (sauf si l'exécution provisoire de la sentence a été ordonnée), en introduisant un recours aux fins d'annulation de la sentence arbitrale.

Les quatre différentes hypothèses dans lesquelles l'exequatur peut être refusé ont fait l'objet de développements dans le cadre du recours en annulation.

Article 31 – Formule exécutoire

31.1 Le Secrétaire général délivre à la partie qui lui en fait la demande, une copie de la sentence certifiée conforme à l'original déposé conformément à l'article 28 du présent Règlement, sur laquelle figure une attestation d'exequatur. Cette attestation mentionne que l'exequatur a été accordé à la sentence, selon le cas, soit par une ordonnance du Président de la Cour régulièrement notifiée, soit par un arrêt de la Cour rejetant un recours en annulation, soit par un arrêt de la Cour infirmant un refus d'exequatur.

31.2 Au vu de la copie conforme de la sentence revêtue de l'attestation du Secrétaire général de la Cour, l'autorité nationale désignée par l'État Partie pour lequel l'exequatur a été demandé, appose la formule exécutoire telle qu'elle est en vigueur dans ledit État.

Article 32 – Recours en révision

La sentence arbitrale peut faire l'objet d'un recours en révision, déposé au Secrétaire général, qui le transmet au tribunal arbitral en raison de la découverte d'un fait de nature à exercer une influence décisive et qui, avant le prononcé de la sentence, était inconnu du tribunal arbitral ou de la partie qui demande la révision. À défaut d'accord des parties sur la nomination d'un nouveau tribunal arbitral :

- a) lorsque le tribunal arbitral était constitué d'un arbitre unique et ne peut plus être réuni, la Cour nomme un arbitre unique afin de statuer sur le recours en révision ;
- b) lorsque le tribunal arbitral était constitué de trois arbitres et ne peut plus être réuni, la Cour nomme, après consultation des parties, soit un nouveau tribunal constitué de trois arbitres, soit un arbitre unique afin de statuer sur le recours en révision ;
- c) lorsque le tribunal arbitral était constitué de trois arbitres et qu'un ou plusieurs des arbitres ne peuvent plus être réunis, la Cour nomme, après consultation des parties, des arbitres afin de compléter le tribunal arbitral qui statue sur le recours en révision.

Compétence exclusive du tribunal arbitral

Aux termes du Règlement d'arbitrage du 11 mars 1999, la procédure de révision de la sentence arbitrale échappait au tribunal arbitral qui avait

statué. Le recours était porté directement devant la CCJA dans le cadre de ses attributions juridictionnelles.

Désormais, ce recours relève de la compétence du tribunal arbitral qui a statué. Si ce tribunal ne peut être à nouveau réuni, pour décès, démission, empêchement, révocation ou toute autre cause, les parties sont invitées à se concerter pour la mise place d'un nouveau tribunal arbitral.

À défaut d'accord entre les parties, le Règlement prévoit des modalités de reconstitution du tribunal arbitral, après consultation des parties.

Article 33 – Tierce opposition

La tierce opposition contre les sentences arbitrales est portée devant la Cour. Il en est de même contre les arrêts de la Cour, lorsque celle-ci a statué au fond conformément à l'alinéa 2 du paragraphe 29.5 de l'article 29 du présent Règlement.

La tierce opposition est ouverte sous les conditions prévues par l'article 47 du Règlement de procédure de la Cour commune de justice et d'arbitrage.

Compétence exclusive de la Cour

La tierce opposition échappe à juste titre au tribunal arbitral, d'autant que le tiers qui engage l'action n'est pas partie à la convention d'arbitrage et que l'on ne saurait lui imposer les contraintes liées au déclenchement d'une procédure arbitrale.

Article 34 – Dispositions finales

Le présent Règlement, qui abroge le Règlement d'arbitrage du 11 mars 1999, sera publié au *Journal officiel de l'Ohada* dans un délai de soixante (60) jours à compter de son adoption. Il sera également publié au *Journal officiel des États Parties*.

Il entre en vigueur quatre-vingt-dix (90) jours à compter de sa publication au *Journal officiel de l'Ohada*.

Application de la loi dans le temps

Sur l'application de la loi dans le temps, le présent Règlement pourrait entraîner quelques difficultés d'application. L'article 35 de l'Acte uniforme du 23 novembre 2017 sur le droit de l'arbitrage dispose expressément qu'il n'est « *applicable qu'aux procédures arbitrales commencées après son entrée en vigueur* ».

S'agissant du nouveau Règlement d'arbitrage de la CCJA, le législateur Ohada n'a prévu aucune disposition de cette nature.

Quid des recours contre les sentences CCJA Ohada rendues après l'entrée en vigueur du Règlement, mais relatives à des procédures initiées antérieurement ? Seront-ils introduits conformément aux nouvelles dispositions ? Qu'en est-il des requêtes aux fins d'exequatur des sentences arbitrales rendues conformément au Règlement de 1999 ? Le Président de la Cour sera-t-il contraint de se conformer immédiatement aux délais qui lui sont imposés pour les procédures d'exequatur ?

Les lois de procédure étant généralement d'application immédiate, les recours juridictionnels contre les sentences et les procédures d'exequatur devraient se conformer aux nouvelles dispositions du Règlement d'arbitrage du 23 novembre 2017.

TROISIÈME PARTIE

COMMENTAIRES DE L'ACTE UNIFORME RELATIF À LA MÉDIATION DU 23 NOVEMBRE 2017

Étymologiquement, la médiation renvoie au mot latin « *mediare* » qui signifie s'interposer¹.

Le concept de médiation fait l'objet d'une double approche : réaliste et libérale. Selon l'approche réaliste, la médiation constitue « *un processus de gestion de conflit où les parties adverses sollicitent l'assistance ou acceptent l'offre d'aide d'un tiers extérieur au conflit, qui soit en mesure de changer leurs perceptions ou leurs comportements sans devoir recourir à la force ou invoquer les règles de droit* »².

Selon l'approche libérale, elle est « *un mode de négociation dans lequel un tiers partie aide les parties en conflit à développer une solution qu'elles n'ont pas encore trouvée elles-mêmes* »³.

Ainsi, Charles Philippe David dans cette approche libérale sur la médiation affirme que « *Les tiers sont passifs. Ils facilitent la consultation et la communication afin que les opposants parviennent à mieux comprendre leur différend* »⁴.

-
1. Voir J.-M. LANGE, *Une introduction à la médiation*, Liège, Éd. du CEFAL, 2003, p. 90.
 2. Voir J. BERCOVITCH, *Mediation International Conflicts: an overview of theory, a review of practice*, I. W. ZARTMAN, J. L. RASMUSSEN (eds.), USIPP, 1997, p. 125-154.
 3. L'école réaliste a « *une approche fondée sur l'obtention de la puissance par les États afin de préserver la paix* » selon C. P. DAVID, *La guerre et la paix*, Paris, Presse de Sciences Po, 2006, p. 369.
 4. Voir aussi J.-F. SIX, *Le temps des médiateurs*, Seuil, 2015.

Section 1. — L'essor d'une culture de négociation

§ 1. La médiation, mode de résolution des différends

A. Un moyen intelligent et efficace

La pratique de la médiation constitue un moyen intelligent et efficace de résolution des différends commerciaux, car le médiateur ne cherche pas à trancher des prétentions inconciliables ou à trouver un juste milieu entre les revendications des parties.

Le médiateur « *cherche ce dont les parties ont réellement besoin* ».

Sur un plan économique, et partant du constat que les entreprises sont ainsi condamnées à s'entendre, ne serait-ce que minimalement, pour poursuivre leurs propres objectifs dans les divers organisations ou groupements dont elles sont membres ou simplement sur les mêmes marchés, on peut estimer que celles-ci ont tout intérêt à conserver leurs partenaires économiques et commerciaux. Elles ont besoin d'anticiper leurs différends, de les résoudre efficacement et de s'assurer un avenir économique et commercial stable.

L'approche de la médiation répond tout à fait à cette demande, car elle permet d'analyser le passé, de comprendre le présent et de préserver le futur.

B. La culture du litige

Il est étonnant de constater à quel point la culture du litige est universellement et profondément ancrée dans les mœurs. Pour s'en convaincre, il suffit de constater que ni le Code civil, ni plus généralement aucune législation nationale ou communautaire des États africains ne connaissaient jusqu'à ces dernières années de dispositions sur la prévention des litiges, alors que les textes consacrés à la procédure civile et voies d'exécution sont nombreux et détaillés.

Le Professeur Nabil Antaki pouvait ainsi écrire : « *La société, dans son ensemble, est victime de la déformation morale qui glorifie la force et le pouvoir aux dépens de la raison, et parfois même de la justice.* »⁵

5. Voir N. N. ANTAKI, *Le règlement amiable des litiges*, Éd. Yvon Blais Inc, 1998.

C. Le constat du besoin de mode amiable de résolution des litiges

Quel homme d'affaires, quelle entreprise, voire quel particulier oserait contester qu'il préfère un accord rapidement obtenu à un long et coûteux procès ?

Ce constat de bon sens est à l'origine du remarquable développement des modes amiables de résolution des litiges, dont la médiation est l'une des voies.

À côté du système judiciaire, se sont développés en effet des modes extrajudiciaires de règlement des conflits. Ceux-ci sont de deux sortes : les modes amiables où le tiers agit comme facilitateur ou médiateur sans avoir le pouvoir de « trancher » le litige et d'imposer sa décision ; et ceux où le tiers est investi de ce pouvoir, ce qui est le cas de l'arbitrage.

§ 2. La médiation et les autres méthodes de règlement des différends

A. Les approches du différend

Toute entreprise confrontée à un litige peut soit l'affronter, soit l'éviter, soit encore le désamorcer.

Dans ce dernier cas, les parties entreprendront soit directement entre elles ou par l'intermédiaire d'un tiers une négociation visant à aboutir à un accord.

Les parties en situation d'affrontement ont le choix entre trois approches différentes :

- l'approche *gagnant/perdant*, la plus commune, implique un rapport de force ; l'outil privilégié de cette approche est l'action judiciaire ou la demande en arbitrage. Ces techniques permettent de trancher la question litigieuse, mais ne règlent pas nécessairement la cause du différend ;
- l'approche *perdant/perdant* est celle où chaque partie préfère consentir des concessions plutôt que de voir l'autre gagner. Cette approche se concrétise par une transaction ou un compromis, ces solutions d'opportunité, qui peuvent résulter d'efforts de rapprochement, n'écartent pas nécessairement l'épreuve de force ;
- l'approche *gagnant/gagnant*, quant à elle repose sur le postulat qu'un différend est le symptôme d'une difficulté à résoudre plutôt que celui d'une bataille à engager et sur l'idée qu'avec de la créativité et de la bonne volonté, une solution qui intègre des analyses opposées peut être trouvée. Cette méthode permet le plus souvent de régler les problèmes de fond et de réaliser une paix durable.

B. Une préférence des praticiens pour les modes alternatifs

De nombreux sondages, enquêtes et autres études ont été réalisés à ce jour pour identifier les préférences des juristes et des praticiens⁶.

L'enquête conjointe de l'Université de Cornell et de Price Waterhouse, la plus complète réalisée aux États-Unis, révèle pour la première fois des informations originales qui n'avaient pas été recensées dans les études antérieures. Le questionnaire à la base de la recherche a été envoyé aux chefs des départements juridiques des mille plus importantes entreprises américaines et a été suivi par des entrevues qui confirment l'utilisation systématique des modes alternatifs par les plus grandes entreprises.

Ainsi, 88 % d'entre elles ont utilisé la médiation, 84 % d'entre elles précisent que leur entreprise continuera à utiliser la médiation ou l'utilisera dans un proche avenir.

L'enquête révèle également la stratégie des entreprises impliquées dans les litiges.

Trois approches principales sont identifiables :

- un premier groupe a pour stratégie d'attaquer sur le plan judiciaire et de proposer un moyen alternatif par la suite ;
- un autre, aussi important, poursuit devant les tribunaux lorsque ceci est estimé nécessaire et propose un autre moyen dans tous les cas ;
- un dernier groupe permet les moyens alternatifs dans tous les cas.

Il est particulièrement intéressant de souligner que plus petites sont les entreprises, plus celles-ci sont enclines à recourir aux tribunaux, alors que les entreprises majeures privilégient les moyens alternatifs dans tous les cas.

C. De nombreuses techniques de négociation

La négociation peut intervenir directement entre les parties sans l'assistance d'un tiers ou avec son assistance, mais toujours sans que celui-ci ait un pouvoir décisionnel. La négociation entre les parties dès l'apparition du différend est la solution la plus efficace sur le plan économique ; elle préserve aussi les relations humaines et commerciales entre les parties.

On distingue généralement deux modèles de négociation : la négociation sur position et la négociation raisonnée.

Dans la négociation sur position, chacune des parties fait valoir ses prétentions et procède par concessions afin de rechercher l'équilibre contractuel. C'est cependant la loi du plus fort ou du mieux informé qui prévaut.

6. Voir *Survey of general and outside counsel: alternative dispute resolution*, Deloitte & Touch Litigation services group, 1993 ; *Price Waterhouse Law Department Spending Survey in CPR, ADR* 1994.

Il est en général facile de négocier à partir de positions lorsque les intérêts des parties sont évidents ; toutefois, les résultats des négociations sont limités dans la mesure où les parties ne peuvent espérer qu'un résultat de *perdant/perdant* ou mieux de *perdant/gagnant*.

Les professeurs Fischer et Ury de l'Université d'Harvard ont élaboré une théorie différente, dite de « *la négociation raisonnée* »⁷.

Dans leur ouvrage Robert Fischer et William Ury prônent une stratégie de négociation qui prenne en compte l'intérêt des parties de préférence à leur position tranchée. Cette théorie repose sur quatre principes fondamentaux :

- traiter séparément les questions de personnes et le différend ;
- se concentrer sur les intérêts en jeu et non sur les positions ;
- imaginer un grand éventail de solutions avant de prendre une décision ;
- exiger que le résultat repose sur des critères objectifs.

Les recommandations de Fischer et Ury sont aujourd'hui suivies par de nombreux praticiens de la médiation dans le monde entier.

D. Un bel avenir pour les modes alternatifs

L'évolution de nos modes de vie a fait apparaître le besoin de régulateur sociétal, et ce, dans les domaines aussi variés que les relations commerciales, de travail ou de consommation.

Dans la plupart de ces matières, l'apaisement du conflit est généralement préférable à la sanction du comportement, car la poursuite de la relation est souhaitée et nécessaire.

Les individus sont « *ainsi condamnés à s'entendre ne serait-ce que minimalement pour pouvoir poursuivre leurs propres objectifs dans les diverses organisations et groupements dont ils sont membres* »⁸.

Cette pratique procédurale contractuelle de résolution amiable des différends dépasse aujourd'hui les clivages des cultures juridiques, qui sont variables d'un pays à l'autre, et présente désormais un caractère universel⁹.

7. Voir W. URY, R. FISCHER et B. PATTON, *Comment réussir une négociation* (traduction de *Getting to yes*), Paris, Éd. du Seuil, 2006 ; voir aussi R. FISCHER et S. BROWN, *D'une bonne relation à une négociation réussie*, Paris, Éd. du Seuil 1991 ; W. URY, *Comment négocier avec les gens difficiles*, Paris, Éd. du Seuil, 1993.

8. Voir Ch. THUDEROZ, *Qu'est-ce que négocier ? Sociologie du compromis et de l'action réciproque*, Rennes PUR, 2010.

9. *La médiation, langage universel de règlement des conflits*, Actes de colloque, Premières Assises internationales de la Médiation judiciaire, Paris, 16 et 17 oct. 2009, L'Harmattan, 2010 ; C. POLI,

Section 2. — L'intégration de la médiation dans le droit des États

§ 1. En droit international

A. La loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale

Adoptée par la CNUDCI le 24 juin 2002, la loi type de la CNUDCI propose des règles uniformes concernant le processus de conciliation pour encourager le recours à la conciliation/médiation¹⁰ et assurer une plus grande prévisibilité et une plus grande sécurité juridique dans son utilisation.

Pour éviter l'insécurité juridique résultant d'une absence de textes de lois, la loi type aborde les aspects procéduraux de la conciliation y compris la nomination des conciliateurs, le début et la fin de la procédure de conciliation, la conduite de la conciliation, la communication entre le conciliateur et les parties, le caractère confidentiel et la recevabilité des éléments de preuve dans une autre procédure ainsi que des questions se posant après la conciliation, telle que le conciliateur assumant la fonction d'arbitre, et la force exécutoire de l'accord issu de la conciliation.

B. L'influence de la loi type de la CNUDCI

Cette loi type a directement inspiré la législation de 90 États, de toutes les organisations inter gouvernementales et de 22 organisations non gouvernementales internationales reflétant des traditions juridiques et des niveaux de développements économiques différents.

C'est ainsi que des textes législatifs fondés sur la loi type ont été adoptés en Hongrie (2002), en Croatie (2003), au Canada (2005), au Nicaragua (2005), en Slovénie (2008).

Des lois uniformes s'inspirant de la loi type et des principes sur lesquels elle est fondée ont également été élaborées aux États-Unis et adoptées par les États de l'Illinois, de l'Iowa, du Nebraska, du New Jersey, de l'Ohio et de Washington.

La conciliation est comprise dans la loi type au sens large d'une procédure volontaire contrôlée par les parties et menée avec l'aide d'une tierce ou

« Regards comparatifs sur les pratiques de la médiation », in « Réflexions croisées, regards pratiques sur les MARC à l'heure de l'ordonnance du 16 nov. 2011 », *RLDC* 2011/88, p. 59.

10. En droit anglo-saxon, les termes « médiation » et « conciliation » sont employés indifféremment et ont une signification identique. Il en est différemment dans les droits civilistes ; voir commentaires sous article 1. La loi type est en cours de révision. Une nouvelle version pourrait être publiée fin 2018, en remplaçant notamment le terme de conciliation par celui de médiation.

plusieurs personnes neutres. Cette procédure peut indifféremment porter le nom de « conciliation », de « médiation » ou un nom équivalent.

Le rôle du conciliateur étant uniquement de faciliter le dialogue entre les parties et non de rendre une décision, des garanties procédurales du type de celles qui existent dans l'arbitrage, comme l'interdiction pour le conciliateur de rencontrer une seule des parties ou l'obligation inconditionnelle pour lui de révéler à une partie toutes les informations reçues de l'autre partie, sont exclues.

C. Le Règlement de conciliation de la CNUDCI

Tout comme le Règlement d'arbitrage, ce Règlement de conciliation est conçu pour les parties à un différend commercial qui souhaitent le régler à l'amiable par voie de conciliation/médiation.

Il est aujourd'hui courant que les parties, dans leurs rapports contractuels, choisissent en cas de différend de passer par l'étape préliminaire de la conciliation avant celle de l'arbitrage. Elles peuvent certes prévoir une procédure de conciliation *ad hoc*, mais aussi faire référence aux règles de conciliation de la CNUDCI pour régir cette procédure préalable de résolution de leur litige international.

Cette faculté n'est applicable que si les parties au litige international s'y sont référées expressément par écrit en lui conférant ainsi un caractère contractuel.

D. Le Règlement de médiation de la Chambre de commerce internationale (CCI)

Le Règlement de médiation de la Chambre de commerce internationale, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2014, est administré par le Centre international d'ADR de la CCI. Le règlement prévoit la nomination d'un tiers neutre chargé d'aider les parties à régler leur différend.

La procédure utilisée en application du règlement est la médiation, sauf si les parties sont convenues d'une autre procédure avant la confirmation ou la nomination du médiateur ou avec l'accord de celui-ci.

§ 2. La médiation en Afrique, hors espace Ohada

A. L'Afrique, une terre de médiation

La pratique de la « médiation traditionnelle » est très ancienne en Afrique, particulièrement dans les groupes humains de même origine ethnique, pratiquant la même religion, parlant la même langue, et partageant les mêmes

coutumes et traditions¹¹.

Cette médiation traditionnelle est connue sous le nom de « palabre »¹².

La palabre africaine est une culture de paix qui tend à rétablir l'ordre du groupe avec l'aide d'une tierce personne. Ainsi, chez les Wolofs au Sénégal, il était primordial que le conflit soit réglé « dans le ventre de la famille » ou « dans le ventre du village »¹³.

La palabre est conçue comme un processus dans lequel « une société songe à son avenir » pour préserver l'harmonie sociale.

Amadou Dieng explique ainsi, dans son article « Approche culturelle des ADR en Ohada », que la médiation traditionnelle constitue une thérapie qui a pour but de briser le cercle infernal de la violence et de la contre violence, afin de rétablir l'harmonie et la paix.

À cet effet, il est impératif que le tiers intervenant jouisse d'une certaine autorité. Il doit détenir « *un degré élevé d'intégrité et des qualités personnelles jumelées à un savoir-faire reconnu, en plus d'une connaissance intime des traditions* »¹⁴.

Ainsi, dans la palabre africaine, ce tiers se voyait attribuer la fonction de distributeur de parole, ouvrant et clôturant la procédure. Il avait pour mission de répartir un temps de parole à chacune des parties¹⁵.

Il est également courant de recourir à des « faiseurs de paix ». Ainsi le tiers intervenant dans un tel processus a pour mission de favoriser le dialogue et rechercher une solution acceptable par tous¹⁶.

B. L'influence du droit musulman dans les modes de résolution des différends en Afrique

Il est constant par ailleurs que l'influence de l'Islam est importante en Afrique subsaharienne. Presque la moitié les États Parties au Traité de

11. Voir M. SAMB, « À propos de la résurgence de la médiation comme mode alternatif de résolution des conflits sociaux en Afrique », *Penant* 894, janv.-mars 2016, p. 11.
12. Voir N. ANTAKI, « Cultural diversity and ADR practices in the world », in A. INGEN-HOUZ, J. GOLDSMITH et G. POINTON, *ADR in business: Practice and issues across countries and culture*, The Netherlands, Kluwer law international 2006, p. 13.
13. Voir E. LEROI, *Les Africains et l'institution de la justice, entre mimétismes et métissages*, p. 9.
14. Voir A. DIENG, « Approches culturelles des ADR en Ohada », *JADA*, 2011-1, p. 28.
15. Voir J. G. BIDIMA, *La palabre, une juridiction de la parole*, Michalon, Paris, 1997, p. 23. « La parole avait tellement d'importance chez les bashingantahe, dans le processus de médiation traditionnelle au Burundi, que le nom donné au tiers médiateur "mushingantahe", signifie "celui qui plante la baguette" » ; voir aussi N. ANTAKI, *Cultural diversity and ADR practices in the world*, *op. cit.*, p. 24.
16. « Les "faiseurs de paix" sont issus d'un groupe de négociants commerçants. Ce sont des agents privilégiés du fait de leur immunité et de l'ampleur de leurs réseaux de relations », A. DIENG, *op. cit.*, p. 26.

l'Ohada ont une forte concentration de population de confession musulmane.

Or, le droit musulman a énoncé des règles prévoyant différents modes de résolution des conflits issus de la Sunna, du prophète et du Coran. Il connaît ainsi de l'arbitrage : « *Tahkim* », de la conciliation : « *Solh* » et de la médiation : « *Wassata* ».

Tous ces modes de règlement des différends ont pour finalité la sauvegarde de la solidarité et de l'harmonie sociale dans le groupe.

C'est ainsi que la médiation « *Wassata* » est un processus par lequel un médiateur va rechercher une issue positive au conflit. Toute la médiation repose sur l'intervention de ce tiers qui sera chargé de proposer des solutions acceptables par les parties, même si au final, elles seront obligées d'accepter l'une d'entre elles.

Le médiateur est une personne de confiance en qui les parties confient leur différend, afin de trouver une solution amiable. Il doit présenter les garanties comparables à celles imposées par les Codes de déontologie modernes, telles que l'impartialité et les qualités morales.

Une autre caractéristique intéressante de cette médiation est la force quasi obligatoire de la solution rendue par le tiers. Les parties ne contrôlent pas le processus ; elles sont passives. Au mieux, le tiers proposera plusieurs solutions qui seront par la suite discutées par les parties afin de trouver celle qui sera la plus adaptée.

Comme le souligne le Professeur Nabil Antaki, « *les parties sont obligées moralement et socialement d'accepter sa solution* »¹⁷.

C. La médiation au Maroc

Au Maroc, le tiers médiateur intervenant pour régler les litiges par la mise en œuvre d'une médiation dite « *hisba* » est traditionnellement le chef hiérarchique d'une corporation de métiers. À ce titre, il disposait en effet de pouvoirs de conciliation et de médiation pour les différends liés à sa corporation.

Plus récemment, une loi du 30 novembre 2007, portant réforme du droit marocain de l'arbitrage, a instauré une médiation conventionnelle.

Ce texte définit la médiation comme : « *Le contrat par lequel des parties s'accordent pour désigner un médiateur chargé de faciliter la conclusion d'une transaction pour mettre fin au différend.* »¹⁸

17. *Les parties ne peuvent pas se permettre de rompre avec les coutumes*, N. ANTAKI, *op. cit.*, p. 15.

18. Section II du Dahir n° 1-07-169 du 30/11/2007.

La loi marocaine impose que la convention de médiation soit établie par écrit, que ce soit par acte authentique ou sous seing privé, ou par procès-verbal dressé par le tribunal.

En s'inspirant des principes connus en matière d'arbitrage, elle prévoit que la juridiction, saisie d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention de médiation, doit déclarer la demande irrecevable jusqu'à épuisement de la procédure de médiation ou annulation de la convention de médiation.

La loi insiste également sur le caractère confidentiel de la médiation. La transaction issue de la médiation est signée par le médiateur et les parties. Elle a la force de chose jugée et peut être revêtue de l'exequatur par le Président du tribunal de l'État compétent.

D. La médiation au Nigéria et au Ghana

Le concept de « *multi-door courthouse* » avait été proposé dès 1976 par le Professeur Sanders ; on pourrait le traduire par « Palais de justice à portes multiples ».

Il s'agit d'un « palais de justice » dans lequel le justiciable, après avoir exposé le motif de sa visite à un spécialiste, se voit diriger vers « la porte la plus appropriée pour la solution de ce litige ». Derrière les portes se trouvent en effet respectivement un conciliateur, un médiateur, un arbitre et encore un juge classique.

Le Nigéria, pour la première fois en Afrique, a introduit ce concept dans son système et a mis en place la « *Lagos multi-door Courthouse* » le 11 juin 2002, en partenariat avec un centre d'arbitrage et de médiation, le « *Negotiation and Conflict Management Group* ».

La loi nigériane prévoit que les sentences arbitrales et les accords conclus à l'issue de la médiation sont exécutoires au même titre qu'un jugement. À cet effet, le Nigéria a créé en 2003 l'« *Abuja multi-door Courthouse* », puis en 2008 la « *Delta multi-door Courthouse* ».

Le Ghana a également introduit ce concept dans son système, en prônant l'utilisation accrue des Modes alternatifs de règlement des conflits.

§ 3. La médiation dans l'espace Ohada, avant l'Acte Uniforme

A. L'introduction de la médiation au Burkina Faso par la loi du 17 décembre 2012

Le Burkina Faso avait engagé dès 2000 une politique de réformes de l'économie et de dynamisation du secteur privé.

Le projet ADR/AFR Burkina de l'IFC tendant à faciliter le règlement des litiges par développement des Modes alternatifs de règlement des différends s'est inscrit dans cette politique, et a conduit le gouvernement, aidé par la Banque Mondiale, à mettre en place un cadre juridique approprié pouvant régir un système de médiation.

Ces travaux ont abouti à la loi n° 0052-2012/AN du 17 décembre 2012 portant médiation en matière civile et commerciale au Burkina Faso.

Si cette loi s'est articulée autour des principes généraux qui gouvernent la médiation, elle s'est aussi avérée originale par les effets conférés à ce processus.

Elle présente, notamment, trois particularités qu'il convient de souligner :

1) d'une part, l'article 1^{er} de la loi définit le champ matériel d'application de la médiation en se référant aux litiges d'ordre contractuel, résultant aussi bien de contrats commerciaux que de contrats civils ;

2) d'autre part, l'article 5 de la loi prévoit qu'une partie qui prend l'initiative de la médiation doit communiquer son intention par écrit à l'autre partie. L'acceptation de cette invitation à médiation fixe le point de départ de la procédure.

Une partie qui invite une autre à la médiation pouvant considérer que cette invitation a été rejetée si cette dernière ne l'a pas acceptée dans les 30 jours de son envoi ou dans tout autre délai qui s'y trouverait spécifié. Ce délai de 30 jours, sous réserve d'une convention contraire des parties, permettant de ménager un maximum de souplesse et de respecter le principe de l'autonomie des parties en ce qui concerne la procédure à suivre pour commencer la médiation.

L'objet de ces dispositions n'est donc pas de permettre à une partie de se soustraire à son engagement contractuel de médiation, mais d'apporter un élément de certitude dans une situation où l'on ne sait pas très bien si une partie est disposée à se soumettre ou non à la médiation sans qu'il y ait lieu de statuer sur le fait que l'échec de cette médiation constitue ou non une contravention à une convention en vertu du droit général des obligations ;

3) Enfin, et conformément au principe de l'autonomie de la volonté qui est l'un des piliers de la médiation, le choix du médiateur doit être le fait des parties¹⁹.

Les auteurs du texte ont ainsi considéré que lorsque la nomination du médiateur est à la charge des parties, le centre de médiation joue un rôle supplétif et a pour seule possibilité d'entériner leur choix.

19. Voir M. G.-HOFNUNG, *Le rôle de la volonté dans la médiation, le rôle de la volonté dans les actes juridiques, Études à la mémoire du Professeur Alfred Rieg*, Éd. Bruylant, 2000, p. 427-443.

B. La loi ivoirienne relative à la médiation du 20 juin 2014

L'Assemblée nationale ivoirienne a adopté le 20 juin 2014 une loi relative à la médiation dans le cadre du programme d'appui au commerce et à l'intégration régionale (PACIR), financé par l'Union européenne.

Cette loi définit la médiation comme « *un mode alternatif de règlement des litiges par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leur différend avec l'aide d'un tiers, le médiateur choisi par elles ou désigné avec leur accord par le juge saisi du litige* ».

La médiation est donc soit judiciaire soit conventionnelle.

C. La procédure de conciliation dans l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (AURVE)

Alors que la promotion de l'arbitrage, comme mode alternatif de règlement des conflits, avait été annoncée par le préambule du Traité de l'Ohada comme l'un des objectifs assignés à l'Organisation, il n'était à l'époque nullement question de médiation.

Certes, on peut trouver dans l'Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (AURVE), des dispositions faisant référence à la conciliation.

C'est ainsi que l'article 12 de l'AURVE énonce : « *La juridiction saisie sur opposition procède à une tentative de conciliation. Si celle-ci aboutit, le Président dresse un procès-verbal de conciliation signé par les parties, dont une expédition est revêtue de la formule exécutoire* ».

Pour que cette conciliation soit mise en œuvre, le Président du tribunal compétent doit accepter, à la demande du débiteur, seul habilité à demander l'ouverture de cette procédure, de désigner un conciliateur dont la mission est de conclure un accord amiable entre le débiteur et ses principaux créanciers.

Bien que cette conciliation soit une notion voisine de la médiation, elle dispose de ses propres caractéristiques.

Ainsi, le cadre « judiciaire » de la conciliation, s'il représente une garantie, constitue aussi bien souvent un handicap : le conciliateur se comportant plus comme un juge que comme un médiateur.

En outre, l'institution judiciaire à l'origine de la conciliation est inévitablement perçue par les parties comme inhérente à une procédure contraignante, dans laquelle le juge tranche un litige juridique, et ce, sans aucune garantie de confidentialité.

D. La tentative de conciliation en matière de saisie des rémunérations

Une autre forme de conciliation existe dans les textes de l'Ohada qui régissent la saisie sur les rémunérations ; elle s'explique par le souci de protéger le salarié, non seulement contre ses créanciers, mais aussi contre l'employeur qui est le tiers saisi.

Aussi, afin de tenter d'éviter cette procédure contraignante, l'article 174 de l'AURVE dispose que : « *La saisie des sommes dues à titre de rémunération, quel qu'en soit le montant, à toutes les personnes salariées ou travaillant, à quelque titre ou en quelque lieu que ce soit, pour un ou plusieurs employeurs, ne peut être pratiquée qu'après une tentative de conciliation devant la juridiction compétente du domicile du débiteur* ».

L'article 179 précise que la demande tendant à la conciliation préalable est formée par requête adressée à la juridiction compétente par le créancier. Là encore, le Président de la juridiction compétente doit recevoir les parties en leur comparution, et se charge lui-même de cette conciliation.

En cas de succès, il mentionne au procès-verbal les conditions de l'arrangement qui met fin à la procédure. À défaut de conciliation, il est procédé à la saisie.

E. L'Acte uniforme sur le droit commercial général introduit pour la première fois, dans sa réforme de 2010, une référence directe à la médiation

L'Acte uniforme relatif au droit commercial général (AUDCG) fut le premier Acte uniforme adopté en 1997. Il fut aussi le premier à être révisé et à introduire, là encore pour la première fois, une référence directe à la médiation, dans son chapitre IV consacré à la prescription.

Dans ces dispositions, le législateur Ohada traite notamment des hypothèses de l'arrêt du cours de la prescription, en appliquant le principe selon lequel la prescription ne court pas à l'égard du titulaire du droit d'agir lorsque celui-ci est privé de l'exercice de ses droits.

L'article 21 de l'AUDCG précise que l'empêchement susceptible de provoquer la suspension de la prescription résulte soit de la loi, soit de la force majeure, soit de la convention des parties. En présence d'une médiation ou d'une conciliation, la prescription se trouve suspendue à compter du jour de la première réunion de médiation ou de conciliation. Le délai de prescription recommence à courir pour une durée qui ne peut être inférieure à 6 mois, à compter de la date à laquelle soit l'une des parties ou les deux, soit le médiateur ou le conciliateur déclarent que la médiation ou la conciliation est terminée.

F. La conciliation préventive dans l'Acte uniforme sur les procédures collectives

L'Acte uniforme révisé portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (AUPC), a été adopté le 10 septembre 2015 remplaçant ainsi l'Acte uniforme originel du 10 avril 1998.

Dans le souci de faire évoluer le droit Ohada en ce qui concerne la prévention et le traitement des difficultés des entreprises, le législateur a introduit une nouvelle procédure dite de conciliation, ainsi définie par l'article 2 alinéa 1^{er} : « *La conciliation est une procédure préventive, consensuelle et confidentielle, destinée à éviter la cessation des paiements de l'entreprise débitrice afin d'effectuer, en tout ou en partie, sa restructuration financière ou opérationnelle pour la sauvegarder. Cette restructuration s'effectue par le biais de la conclusion d'un accord de conciliation négocié entre le débiteur et ses créanciers ou, au moins ses principaux créanciers grâce à l'appui d'un tiers neutre, impartial et indépendant dit conciliateur* ».

La conciliation peut être comparée au concordat amiable que tout débiteur peut conclure avec ses créanciers, à la seule différence qu'en l'espèce, le législateur Ohada prévoit l'intervention d'un tiers neutre, le conciliateur, et la possibilité de faire homologuer l'accord en justice ou par-devant notaire.

La conciliation se caractérise par sa confidentialité, qui doit permettre au débiteur de conserver toute discrétion sur ses difficultés et sur ses tentatives pour y remédier. La publicité de l'ouverture d'une procédure collective quelle qu'elle soit ayant tendance à effrayer ses clients et fournisseurs et à amplifier ainsi les difficultés du débiteur.

Cette conciliation relève de la compétence du Président de la juridiction compétente qui est saisi par requête du débiteur qui expose ses difficultés ainsi que les moyens envisagés pour y faire face.

La durée de conciliation est de 3 mois et peut être prorogée d'un mois. À l'expiration de ces délais, la conciliation prend fin de plein droit et il ne peut être ouvert de nouvelle conciliation avant l'expiration d'un délai de 3 mois.

La décision ouvrant la procédure ou rejetant la demande d'ouverture ne peut fait l'objet d'aucune publicité.

S'agissant du conciliateur, l'article 5-4 précise qu'il doit avoir le plein exercice de ses droits civils, justifier de sa compétence professionnelle et demeurer indépendant et impartial vis-à-vis des parties concernées par la conciliation.

La même disposition précise que dès qu'il est informé de sa désignation, le conciliateur atteste qu'il remplit à sa connaissance les conditions le

concernant ; il doit à tout moment pendant le cours de la conciliation informer le Président s'il lui apparaissait qu'il ne remplit plus ces conditions.

Les modalités de rémunération du conciliateur sont déterminées par le Président de la juridiction compétente avec l'accord du débiteur au jour de l'ouverture de la conciliation.

Le conciliateur rend compte de sa mission au Président de la juridiction compétente, lequel peut y mettre fin s'il apparaît que le débiteur est en cessation des paiements.

En principe, la participation à la conciliation n'emporte pas de restriction aux droits des créanciers. Toutefois, le Président de la juridiction compétente peut ordonner la suspension des poursuites engagées par un créancier qui participerait en négociant de mauvaise foi à la conciliation, mais uniquement jusqu'à la fin de celle-ci.

L'article 5-10 prévoit la possibilité que l'accord signé puisse à la requête de la partie la plus diligente être déposé au rang des minutes d'un notaire ou être homologué ou revêtu de l'exequatur. L'homologation ou l'exequatur sont de droit et ne peuvent être refusés que si l'accord est contraire à l'ordre public.

§ 4. L'Acte uniforme sur la médiation

A. La naissance de l'Acte uniforme sur la médiation en droit Ohada

Le 14 juin 2012 à Cotonou, le Président Thomas Boni Yayi déclarait, à l'ouverture du Conseil des ministres de l'Ohada, que l'on ne pouvait plus se permettre, dix-neuf ans après la signature du Traité « *d'é luder la question [...] de la médiation commerciale* », signifiant ainsi aux instances qu'il était temps qu'elles s'intéressent à cet autre mode de règlement des conflits²⁰.

C'est ainsi que l'année suivante, le Secrétariat permanent de l'Ohada, le Professeur Dorothé Cossi Sossa, lançait auprès des praticiens un avis d'appel d'offres relatif à la révision de l'Acte uniforme sur l'arbitrage, à la refonte du Règlement d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage, et aussi à la rédaction d'un Acte uniforme sur la médiation.

L'étude fut confiée à Maître Michael Buhler du Cabinet Jones Day, assisté dans ses travaux sur la médiation par Maître Haussmann et Maître Amandine Ogoubi, tous deux avocats au Barreau de Paris.

Un avant-projet fut présenté aux Commissions nationales au cours de l'année 2017 ; avant-projet adopté en juillet 2017. Cet avant-projet devait

20. Voir I. OTTO, « Médiation et Ohada », *Revue de l'Ersuna*, 4 sept. 2014.

ensuite être soumis à la Cour commune de justice et d'arbitrage, laquelle rendait un avis n° 05/2017/AU 2017 les 5 et 6 octobre 2017.

Après une nouvelle intervention des experts de l'Ohada, le projet de l'Acte uniforme sur la médiation fut présenté au Conseil des ministres de l'Ohada et adopté le 23 novembre 2017 par le Conseil des ministres de la Justice et des Finances des États membres de l'Ohada²¹.

Étaient absents à cette réunion du Conseil des ministres de l'Ohada, les représentants de la République centrafricaine, du Tchad, du Niger et des Comores.

B. La publication et l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme relatif à la médiation

L'Acte uniforme relatif à la médiation est daté du 23 novembre 2017.

Il a été publié au *Journal officiel de l'Ohada* le 15 décembre 2017 et est entré en vigueur le 15 mars 2018 dans l'ensemble des États Parties.

21. L'Acte uniforme est paraphé et signé pour le Burkina Faso par SEM Bagoro Bessolé René, pour la République du Cameroun par SEM Ezzo Laurent, pour la République du Congo par SEM Aimé Ange Wilfrid Bininga, pour la République de Côte d'Ivoire par SEM Kambile Sansan, pour la République de Guinée par SEM Sako Cheick, pour la République de Guinée-Bissau par SEM Dr Sanha Rui, pour la République de Guinée Équatoriale par SEM Penda Ipiko, pour la République Démocratique du Congo par SEM Thambwe-Mwamba Alexis, pour la République Togolaise par SEM Agbetomey Kokouvi, pour la République du Sénégal par SEM Fall Madior Ismaïla, pour la République du Bénin par SEM Djogbenou Joseph, pour la République du Mali par SEM Konate Mamadou Ismaïla, pour la République Gabonaise par SEM Nkea Ndzigue Francis.

Chapitre 1

Définitions et champ d'application

Article 1. Définitions

Au sens du Présent Acte uniforme :

a) le terme « médiation » désigne tout processus, quelle que soit son appellation, dans lequel les parties demandent à un tiers de les aider à parvenir à un règlement amiable d'un litige, d'un rapport conflictuel ou d'un désaccord (ci-après le « différend ») découlant d'un rapport juridique, contractuel ou autre ou lié à un tel rapport, impliquant des personnes physiques ou morales, y compris des entités publiques ou des États ;

b) le terme « médiateur » désigne tout tiers sollicité pour mener une médiation, quelle que soit l'appellation ou la profession de ce tiers dans l'État Partie concerné.

La médiation peut être mise en œuvre par les parties (médiation conventionnelle), sur demande ou invitation d'une juridiction étatique (médiation judiciaire), d'un tribunal arbitral ou d'une entité publique compétente.

La médiation peut être *ad hoc* ou institutionnelle.

1. La notion de médiation

a. Définition de la médiation

La médiation, dans son concept, tel que retenu par l'Acte uniforme Ohada relatif à la médiation (AUM), peut être définie comme un processus consensuel de traitement des conflits dans lequel un tiers impartial, indépendant et sans pouvoir décisionnel, le médiateur, tente par l'organisation d'échanges entre les parties, de les aider, soit à établir ou améliorer une relation, soit à régler un conflit.

Cette définition met en exergue plusieurs éléments fondateurs de la médiation :

- un processus, dont l'encadrement légal permet d'asseoir la légitimité sur des bases solides et dont le respect sera générateur de l'accord final ;
- un tiers : il s'agit du médiateur, praticien de la médiation, qui est indépendant, impartial, mais sans pouvoir décisionnel. Il interviendra auprès des parties avec neutralité et devra amener celles-ci à trouver elles-mêmes une solution à leur différend ;

- l'organisation des échanges avec l'aide du médiateur ; celui-ci organisant un dialogue entre les parties, communiquant pour rétablir ou améliorer les relations et conduisant les parties vers un processus final d'entente.

b. Théorie de la médiation

La théorie de la médiation doit beaucoup à l'ouvrage de Jean-François Six : « *Le temps des médiateurs* ». Selon cet auteur, il existe quatre sortes de médiation : les deux premières étant destinées à faire naître ou renaître un lien, les deux autres étant destinées à parer un conflit¹.

La médiation peut être « créatrice », c'est-à-dire avoir pour but de susciter entre des personnes ou des groupes des liens nouveaux ; être « rénovatrice » pour réactiver les liens distendus ; être « préventive » pour éviter l'éclatement d'un conflit ou encore « curative » pour aider les parties en conflit à en trouver la solution.

Globalement, la médiation se définit, selon cette théorie, comme un processus de communication éthique reposant sur la responsabilité et l'autonomie des participants, dans lequel un tiers, impartial, indépendant et neutre, favorise par des entretiens confidentiels l'établissement, le rétablissement du lien social, la prévention ou le règlement de la situation en cause.

c. Sans l'élément « tiers », la médiation n'existe pas

L'intervention du tiers permet d'éviter aux parties à la médiation un face à face réducteur. Dans la définition de la médiation, ce tiers doit cumuler des qualités précises (impartialité, neutralité, indépendance) qui en feront vraiment un intervenant mettant en œuvre un processus à l'intérieur duquel il n'a pourtant aucun pouvoir de décision.

L'indépendance du tiers ne peut s'apprécier *in abstracto*. Elle s'évalue à l'égard des partenaires de la médiation. Il existe en effet des médiations/conciliations dans lesquelles le médiateur n'est que l'émanation d'un des demandeurs à la médiation ou d'une des autorités traditionnellement chargées de trancher les litiges ; c'est aussi le cas des associations liées au pouvoir judiciaire par des conventions dont le respect conditionne la prise en charge financière de la médiation.

Lorsque le prétendu médiateur n'est en fait qu'un mandataire, on se retrouve dans un système simple de négociation. L'appréciation de l'indépendance du tiers est particulièrement exigeante en matière de médiation. Il en est de même de sa neutralité et de son impartialité. La neutralité correspondant au souci de ne pas infléchir, soit au profit d'une mission complémentaire, soit d'un résultat que le médiateur estimerait bénéfique.

1. Voir J.-F. Six, *Le temps des médiateurs*, Éd. du Seuil, p. 164.

L'absence de pouvoir institutionnel du tiers peut susciter une certaine incompréhension. Nos sociétés ont du mal à concevoir l'absence de pouvoir. Le médiateur n'a en effet d'autres ressources que l'autorité que lui reconnaissent les demandes de médiation en s'adressant à lui, sans la contrainte d'une quelconque institution.

La médiation est donc un contrat qui repose sur l'autonomie de la volonté des partenaires à la médiation et du médiateur. Elle requiert l'égalité entre les partenaires.

d. L'autonomie conceptuelle de la médiation

Pour certains auteurs, la médiation serait un des concepts majeurs de la philosophie, contrairement à la conciliation, à l'arbitrage ou à la négociation qui constitueraient de simples notions. Sa définition se passerait d'une référence au conflit ou à la juridiction.

Telle n'est pas la conception de la notion juridique de la médiation et son sens dans le cadre du présent Acte uniforme.

e. La médiation conventionnelle dans le cadre de l'AUM

Dans le cadre du présent AUM, la médiation doit être considérée comme un moyen d'expression de la volonté des parties afin d'aboutir à une solution conventionnelle de leur différend. Ainsi, la médiation est « *le moyen qui doit conduire à un règlement du conflit par une entente entre les parties* »².

À la différence de la médiation judiciaire, la médiation conventionnelle est initiée par les parties elles-mêmes.

La médiation conventionnelle peut être anticipée grâce à l'existence d'une clause de médiation dans le contrat ou peut être proposée par l'une des parties après la naissance du litige.

Les parties qui souhaitent recourir à la médiation sont libres d'adapter la clause de leur choix selon les circonstances. Elles peuvent par exemple souhaiter faire référence à un règlement de médiation.

2. Les notions voisines de la médiation

a. Autonomie par rapport à la négociation

La négociation est l'art du compromis équilibré alors que la médiation est le dépassement vers une position nouvelle commune, même si dans la médiation, comme dans la négociation, chacun peut faire des concessions pour aboutir à ce compromis.

Le but de la médiation n'est pas nécessairement d'arriver à une solution médiane³.

2. Voir J. VINCENT, S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, A. VARINARD, *La justice et ses institutions*, Dalloz, 1991.

3. Voir H. TOUZARD, *La médiation et la résolution des conflits*, PUF, 1977, p. 87.

Dans la pratique, le négociateur se différencie du médiateur en ce sens qu'il est partie prenante à la négociation et non un tiers impartial et neutre.

b. Autonomie de la médiation par rapport à la conciliation

La conciliation fait partie de la mission du juge judiciaire et administratif et présente un champ d'application moins vaste que celui de la médiation. La conciliation est nécessairement liée à l'existence d'un conflit et le terme conciliation désigne aussi bien le moyen que le résultat.

C'est surtout le caractère facultatif de l'intervention du tiers qui distingue le plus sûrement la conciliation de la médiation. Ainsi, selon Madame Michèle-Laure Rassat, la conciliation est un accord direct des parties pour mettre fin à leur litige. Elle peut être réalisée par les deux parties à un litige se réunissant entre elles sans la présence d'une tierce personne. Le plus souvent, la conciliation se pratique avec l'aide d'un tiers nommé conciliateur dont le seul rôle est de les faire se rencontrer⁴.

Ainsi le terme « conciliation » doit être préféré à celui de médiation, chaque fois que le tiers ne remplit pas toutes les conditions que doit absolument remplir le médiateur dans le cadre de la médiation et dans tous les cas où son statut ne lui assure pas une totale liberté créatrice.

Le conciliateur a un rôle plus directif en ce sens qu'il propose des solutions aux parties, ce qui n'est généralement pas le cas avec le médiateur.

c. L'emploi du terme « conciliation » par la CNUDCI⁵

Il y a lieu d'observer que le droit anglo-saxon emploie indifféremment les termes « conciliation » et « médiation » et leur donne le même sens.

L'illustration de cette remarque transparaît de la définition donnée à la conciliation commerciale internationale par l'article 1 de la loi modèle CNUDCI ainsi rédigé :

« Article premier : Champ d'application et définitions

1. La présente loi s'applique à la conciliation commerciale internationale.

[...]

3. Aux fins de la présente Loi, le terme "conciliation" désigne une procédure, qu'elle porte le nom de conciliation, de médiation ou un nom équivalent, dans laquelle les parties demandent à une tierce personne (le "conciliateur") de les aider dans leurs efforts pour parvenir à un règlement amiable d'un litige découlant d'un rapport juridique, contractuel ou autre, ou lié à un tel rapport. Le conciliateur n'a pas le pouvoir d'imposer aux parties une solution au litige.

4. Voir M. L. RASSAT, *Institutions Judiciaires*, PUF, 1993, p. 294.

5. Voir *supra*, p. 274, note 10.

4. Une conciliation est internationale si :

a. Les parties à une convention de conciliation ont, au moment de la conclusion de ladite convention, leur établissement dans des États différents ; ou

b. L'État dans lequel les parties ont leur établissement est différent :

i) Soit de l'État dans lequel une part substantielle des obligations issues de la relation commerciale doit être exécutée ;

ii) Soit de l'État avec lequel l'objet du litige a le lien le plus étroit.

5. Aux fins du présent article :

a. Si une partie a plus d'un établissement, l'établissement à prendre en considération est celui qui a la relation la plus étroite avec la convention de conciliation ;

b. Si une partie n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu.

[...]

9. [...] La présente Loi s'applique, quelle que soit la base sur laquelle la conciliation est mise en œuvre, notamment une convention des parties conclue avant ou après la survenance d'un litige, une obligation légale, ou la demande ou l'invitation d'une juridiction étatique, d'un tribunal arbitral ou d'une entité publique compétente. »

d. Autonomie par rapport à la transaction

On confond parfois la médiation avec la transaction, en raison de la nature contractuelle du compromis. L'article 2044 du Code civil définit la transaction comme étant « la convention par laquelle les parties, au moyen de concessions réciproques, terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître ». Elle fait partie des contrats synallagmatiques : la réciprocité des concessions la distingue du désistement au caractère nécessairement unilatéral.

La transaction suppose que chacune des parties peut faire valoir des prétentions à l'égard de l'autre. L'abandon de tout ou partie de ces prétentions prévient ou éteint le litige.

En outre, la transaction se voit conférer par l'article 2052 du Code civil une autorité de chose jugée, et règle ainsi définitivement le litige, comme le ferait une décision de justice rendue en dernier ressort.

Par sa nature, la transaction désigne un contrat ou un résultat et non un processus comme pour la médiation.

La transaction intervient généralement en l'absence d'un tiers neutre et ce sont les parties, à travers leurs représentants respectifs, qui négocient afin d'aboutir à un accord après concessions réciproques.

e. Autonomie par rapport à l'arbitrage

L'arbitrage est un mode juridictionnel non étatique par lequel les parties à un litige conviennent de le porter devant un ou plusieurs arbitres, dont ils acceptent par avance de respecter la sentence. Il s'agit d'une dérogation

partielle au monopole de la justice d'État, d'une juridiction conventionnelle composée de personnes privées choisies par les parties.

L'arbitrage a pour finalité la reddition d'une sentence arbitrale qui a une valeur juridictionnelle. Toutefois, la sentence arbitrale n'a pas par elle-même une force exécutoire ; celle-ci résulte d'une procédure judiciaire, l'exequatur.

Les formes d'arbitrage sont diverses. Le degré de liberté des parties varie quant au recours à l'arbitrage, au choix de l'arbitre et à l'étendue de ses pouvoirs. Si en règle générale, les arbitres sont liés par des règles de droit, ils peuvent également tenir compte de l'équité lorsque les parties leur ont confié la mission de statuer en amiable compositeur.

L'arbitrage ne risque pas de confusion avec la médiation, puisqu'il confère à l'arbitre le pouvoir de trancher le litige qui lui est soumis.

f. Autonomie par rapport à la médiation constitutionnelle : le médiateur de la République

Le médiateur de la République est différent du médiateur au sens du présent Acte uniforme, car le premier est un organe constitutionnel tourné essentiellement vers les questions d'État de droit et de bonne gouvernance.

Alors que les États africains de tradition anglophone avaient déjà institué le médiateur de la République dans les années 1960, les États d'Afrique subsaharienne francophone ont pendant longtemps ignoré cette institution⁶.

La Côte d'Ivoire⁷ et le Congo⁸ sont les deux premiers pays d'Afrique francophone qui ont constitutionnalisé l'institution du Médiateur de la République avec l'objectif de mettre en place une véritable démocratie du dialogue entre l'administration et les administrés dans la résolution des différends qui les opposent, notamment dans le cadre de l'application des règles de gestion des services et des agents.

D'autres pays ont depuis lors suivi ce mouvement : le Burkina Faso, le Gabon et plus récemment la Mauritanie⁹.

6. La Tanzanie a été la première, en 1966, à créer une institution qui se proposait de lutter contre les abus du pouvoir : la « *Permanent Commission of Enquiry* » ; l'exemple tanzanien a ensuite été suivi par le Ghana.

7. Art. 115 du Titre XI de la loi n° 2000-513 du 1^{er} août 2000 portant Constitution de la République.

8. Art. 163 du Titre XIII de la Constitution du 20 janv. 2002.

9. Voir BOUMAKANY, « Les médiateurs de la République en Afrique noire francophone : Sénégal, Gabon et Burkina Faso » in *RIDC*, vol. 51, n° 2, avr.-juin 1999, p. 307-329 ; voir aussi D. OUINSOU, « Juridiction constitutionnelle et gestion du contentieux des élections présidentielles législatives », in *Les Cahiers de l'Association Ouest Africaine des Hautes Juridictions Francophones*, 2006, p. 85 ; voir encore G. CONAC, « Le juge et la construction de l'État de droit en Afrique francophone », in *L'État de droit, mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris Dalloz, 1996, p. 105 ets.

Article 2. Champ d'application

Le présent Acte uniforme s'applique à la médiation. Toutefois, il ne s'applique pas aux cas dans lesquels un juge ou un arbitre, pendant une instance judiciaire ou arbitrale, tente de faciliter un règlement amiable directement avec les parties.

1. Un très large champ d'application

a. L'Acte uniforme est applicable à toute médiation

L'Acte uniforme s'inscrivant dans le contexte d'harmonisation du droit des affaires, son champ d'application aurait pu être défini par référence à l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général (AUDCG), ou encore sur la base d'un critère substantiel de commercialité fixé par l'Acte lui-même.

Or l'Acte uniforme relatif à la médiation pose simplement pour principe qu'il s'applique «à la médiation», sans opérer de distinction entre la médiation civile et la médiation commerciale ; ce choix est aussi celui le plus répandu actuellement en matière de médiation où on ne se limite pas à l'activité commerciale.

Dès lors, la validité des clauses de médiation doit, *a priori*, être admise dans tous les domaines, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon la nature des contrats dans laquelle elles sont insérées.

On admettra donc cette validité aussi bien dans les contrats entre professionnels que dans les contrats entre particuliers.

Notons que la loi type de la CNUDCI rejette également les distinctions entre médiation civile et médiation commerciale, pour retenir une conception « unitaire » de la médiation¹.

b. La localisation de la médiation est indifférente

Ce texte ne fixe aucune limite à son champ d'application géographique. On peut dès lors considérer que le lieu de médiation est indifférent, et ce contrairement à l'Acte uniforme Ohada relatif à l'arbitrage, qui ne s'applique qu'aux arbitrages ayant leur siège dans un des États Parties. Ici, l'article 2 de l'AUM n'a prévu aucun champ spatial d'application.

1. Voir *supra* art. 1, point 8.

Il s'agit là d'une conception « volontariste » ou « autonomiste » de la médiation dans laquelle la loi applicable à la médiation, en l'occurrence l'AUM, est indépendante du lieu de la médiation.

c. La validité des clauses de médiation dans les contrats entre professionnels et consommateurs

On constate de plus en plus souvent l'insertion dans les contrats entre professionnels et consommateurs de clauses de médiation obligatoires et préalables à tout engagement de procédure.

Cette observation est particulièrement avérée dans les contrats entre le particulier et sa banque ou encore dans les conditions générales de vente des sociétés de grande distribution de produits de consommation.

La portée de ces clauses de médiation peut être discutée.

Le plus souvent en effet, le médiateur se trouve pré-désigné par le professionnel et intervient en fait comme un service de relation à la clientèle. Il est évident que dans de tels cas, le médiateur n'agit pas comme un « tiers indépendant », mais plutôt comme un modérateur mandaté par le professionnel pour rechercher une solution amiable au litige, et ce avant toute saisine des juridictions judiciaires ou arbitrales².

d. Autonomie de la clause de médiation

On peut s'interroger sur la validité d'une clause de médiation qui serait contenue dans un contrat lui-même argué de nullité.

Cette question s'est posée depuis longtemps en matière d'arbitrage et a reçu une réponse privilégiant l'autonomie procédurale en vertu d'un principe couramment désigné sous le nom : compétence-compétence.

L'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage a consacré cette autonomie procédurale en son article 11, dans les termes suivants : « *Le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur sa propre compétence, y compris sur toutes questions relatives à l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage* ».

Les raisons qui ont justifié cette disposition sont les mêmes que celles qui doivent conduire à la reconnaissance de l'autonomie d'une clause de médiation ; en effet, si on n'admettait pas cette autonomie, il suffirait qu'une partie invoque la nullité du contrat pour que l'autre soit contrainte d'aller immédiatement devant le juge, tandis que le médiateur à la différence de l'arbitre n'a pas le pouvoir de se prononcer sur la question.

2. Sur les réserves également exprimées en ce qui concerne les clauses d'arbitrage dans les contrats entre professionnels et consommateurs, voir M. AKAKPO, *La protection de la partie faible dans l'arbitrage Ohada*, L'Harmattan, 2017, p. 108 et s.

Notons que sans que le problème n'ait été expressément posé, la Cour de cassation française, dans un arrêt rendu le 6 juillet 2000³ a admis implicitement l'autonomie de la clause de médiation puisqu'elle a jugé que cette clause pouvait s'appliquer alors même que le litige né entre les parties portait précisément sur la nullité du contrat qui la contient.

Encore faut-il comme l'arrêt l'indique que la volonté des parties ait été de soumettre au médiateur cette catégorie de différend.

e. Précautions à prendre pour la rédaction de la clause de médiation

Les rédacteurs des clauses de médiation doivent, pour éviter toute contestation sur sa validité, prendre certaines précautions.

La première vise à éviter toute ambiguïté sur la nature de la mission confiée au tiers médiateur.

Il ne faut pas que l'on puisse, à la lecture de la clause, être conduit à s'interroger sur le point de savoir si le tiers désigné est un médiateur, chargé seulement d'aider les parties à trouver une solution conventionnelle à leur différend ou un arbitre chargé de trancher ce différend. Toute incertitude sur ce point ne peut qu'engendrer un contentieux au niveau de la validité ou des effets de la clause considérée. Cela n'interdit pas naturellement de prévoir préalablement une médiation et, à défaut de succès de celle-ci, un arbitrage, mais encore convient-il de bien distinguer dans le temps ces deux phases.

Par ailleurs, pour éviter toute allégation par une des parties de la nullité du contrat principal et par voie de conséquence toute discussion sur la validité de la clause de médiation, il est prudent d'indiquer également que cette médiation s'impose, quand bien même le litige porterait sur la validité du contrat et de rédiger cette disposition de manière suffisamment large pour ne faire naître aucune ambiguïté.

Ce n'est qu'à cette condition que sera véritablement assurée l'autonomie de la clause de médiation.

2. Mais la portée de l'Acte uniforme est toutefois limitée à la médiation conventionnelle

a. Médiation conventionnelle et médiation judiciaire ou arbitrale

La seule limite fixée par l'Acte uniforme à son champ d'application tient aux cas dans lesquels « *un juge ou un arbitre, pendant une instance judiciaire ou arbitrale, tente de faciliter un règlement amiable directement entre les parties* ».

Cette exception couvre toutes les situations dans lesquelles un magistrat, dans le cadre d'une instance judiciaire déjà ouverte, invite les parties à

3. Cass. 2^e civ., 6 juill. 2000, n° 98-17827, *Rev. arb.* 2000, p. 749, note C. JAROSSON.

recourir à un règlement amiable. Elle couvre également le cas où cette initiative viendrait d'un tribunal arbitral.

b. Qu'est-ce que la médiation judiciaire ?

Le juge judiciaire ou le tribunal arbitral peut être conduit, en cours de procédure, à encourager les parties à trouver une solution amiable à leur litige.

Cette proposition peut aller de la simple suggestion d'entrée en négociation, à une participation active à celle-ci.

Cette situation peut être admise, dans certains cas, en ce qui concerne le magistrat. Elle est beaucoup plus discutable et discutée quand il s'agit de l'arbitre.

Lorsque la médiation est mise en œuvre à l'invitation d'une juridiction étatique, elle a pour finalité de mettre fin au litige de manière amiable alors même que l'affaire est pendante. Cette possibilité peut être mise en œuvre soit à la requête des parties, soit à l'initiative du juge qui apprécie la nécessité « à tous les stades de l'instance » de recourir à cette médiation.

c. Le magistrat ou l'arbitre conciliateur

Le juge peut avoir alors le rôle d'un tiers négociateur qui va essayer de conduire les parties vers une solution négociée et acceptée de tous en tenant compte de leurs demandes respectives.

Il s'agit alors pour le juge d'organiser des échanges, des discussions entre les parties avec pour finalité, de pouvoir aboutir à une solution acceptable et acceptée par les deux parties.

Le particularisme de ce type de médiation réside dans ce qu'elle est faite au sein même de l'enceinte judiciaire et avec le concours du juge, qui abandonne son pouvoir de trancher en disant le droit, au profit de la décision conjointe des parties.

Dans ce dernier cas, le rôle du juge ou de l'arbitre ne sera plus de trancher le litige, mais de concilier les parties.

d. L'arbitre investi d'une mission de conciliateur

Pour certains auteurs, l'arbitre nommé dans le cadre d'une procédure arbitrale prévue par un contrat peut être investi de cette mission de conciliation afin d'aider les parties à trouver un règlement amiable avant la fin de la procédure arbitrale⁴.

4. Voir C. BÜHRING-UHLE, G. SCHERER et L. KIRCHHOFF, "The Arbitrator as Mediator-Some recent empirical insights", *Journal of International Arbitration*, vol. 20 n° 1 (2003), p. 82.

Cette approche est particulièrement courante dans la culture juridique suisse et allemande où le juge est traditionnellement investi de la mission de concilier les parties⁵.

Cette implication de l'arbitre dans le processus de conciliation doit permettre de trouver une solution plus rapide et plus juste, d'autant qu'elle sera accompagnée le plus souvent d'une exécution spontanée⁶.

Cette pratique reçoit également la faveur des pays asiatiques, notamment en Chine, à Hong Kong et à Singapour⁷.

e. L'AUM exclut expressément la médiation judiciaire de son champ d'application

L'article 2 de l'Acte uniforme exclut du champ d'application de la médiation, les cas dans lesquels un juge ou un arbitre, pendant une instance judiciaire ou arbitrale, tente de faciliter un règlement amiable directement entre les parties.

Par extension, on doit en déduire que l'Acte uniforme sur la médiation, tout comme l'Acte uniforme sur l'arbitrage, exclut toutes formes de mixité entre la médiation et l'arbitrage, mais qu'ils admettent désormais la succession des deux processus.

f. Justifications de cette exclusion

La confusion des rôles d'arbitre et de médiateur se trouve ainsi expressément écartée. On peut penser, en effet, que le législateur Ohada a considéré que si les parties souhaitaient avoir recours à une médiation en vue d'un règlement amiable de leur différend, elles n'auraient pas commencé une procédure judiciaire ou arbitrale.

5. Les Anglo-saxons utilisaient habituellement les termes de « médiation » et « conciliation » de manière interchangeable. Pour exemple, la loi type CNUDCI.
6. Voir G. KAUFMANN-KOHLER, V. BONNIN, *L'arbitre conciliateur: approche statistique de la corrélation entre le rôle de l'arbitre et sa culture juridique*.
7. En Chine, le règlement d'arbitrage du CIETAC (China International Economic and Trade Arbitration) prévoit expressément qu'à la demande d'une partie, le tribunal arbitral « se transforme en conciliateur ». Au surplus, le tribunal arbitral peut à tout moment proposer une conciliation même si aucune partie n'en fait la demande. Pour Laurent Jaeger et Céline Lachmann, les arbitres chinois proposent systématiquement aux parties de les aider à trouver une solution amiable au litige. La première proposition de conciliation est généralement faite lors de l'audience après que les parties se soient exprimées sur les faits relatifs au litige. Le modèle chinois propose ainsi un système intégré de conciliation et d'arbitrage simultané, en autorisant toutes les méthodes traditionnelles de la conciliation lors de la procédure arbitrale. Les droits de Singapour et de Hong Kong prévoient également expressément qu'un arbitre puisse agir en qualité de conciliateur si les parties y consentent par écrit. La loi prévoit qu'une partie ne peut opposer d'objection à ce que l'arbitre prenne la conduite de l'arbitrage sur le seul fondement que celui-ci a tenu un rôle de conciliateur (v. L. JAEGER et C. LACHMANN, *JADA* 2011-1, p. 20).

Il est constant que si les parties avaient souhaité qu'un tiers tente de les concilier, leur choix ne se serait peut-être pas porté sur un arbitre nommé dans le cadre de l'arbitrage.

Mais surtout, il est évident qu'en prenant part à la négociation d'un accord amiable, l'arbitre obtiendra des informations confidentielles sur ce que chacune des parties est susceptible ou non de concéder. Ces informations risquent à l'évidence d'influer sur la décision finale de l'arbitre, si la négociation venait à échouer⁸.

Cette situation pourrait en outre fonder une demande de récusation pour manque d'impartialité ou une annulation de la sentence pour violation du principe de contradiction, dès lors que l'arbitre aurait eu des entretiens séparés avec les parties.

Cet écueil est d'ailleurs expressément visé par le Code d'éthique de l'International Bar Association (IBA), lequel précise qu'un arbitre « *ne doit pas être présent ou participer de quelque façon que ce soit aux discussions en vue de trouver un accord entre les parties ou agir comme médiateur, sauf à la demande de toutes les parties* »⁹.

g. Sur le risque d'un recours en annulation

L'intervention d'une même personne pour conduire la mission de conciliation et celle d'arbitrage dans un même litige peut, à l'évidence, affecter la régularité de la phase d'arbitrage qui suit la conciliation et entraîner son annulation, ce qui à l'évidence n'est pas dans l'intérêt des parties¹⁰.

La Cour de cassation avait été saisie d'un recours en annulation d'une sentence rendue par les arbitres ayant tenu successivement les rôles de conciliateur et d'arbitre. Dans son commentaire sous cet arrêt, Monsieur Bensaude souligne que le principal inconvénient de cette formule est l'atteinte à la confidentialité : « *Le problème de la médiation, ou de conciliation, suivie d'un arbitrage n'est donc nullement celui de l'impartialité du tiers [...] puisqu'il est soit médiateur ou tiers il doit être impartial. Le problème est celui de la confidentialité* »¹¹.

8. L. JAEGER et C. LACHMANN, précités, *JADA*, 2011-1, p. 17.

9. *IBA Rules of Ethics for International Arbitrators*, art. 8.

10. Voir D. BENSAUDE, notes sous Cass. 1^{re} civ., 9 janv. 2007, *Sté Fédérale du Crédit Mutuel du Nord de la France c/Banque Delubac*, *Rev. arb.* 2007, p. 478.

11. Voir aussi T. CLAY, « L'arbitre peut-il avoir été précédemment conciliateur ? », *D.* 2004, *Somm.* p. 3180.

h. Cette règle est également prévue par de nombreux règlements de médiation ou d'arbitrage

Cette considération inspire également plusieurs règlements de médiation tels, le Règlement ADR de la CCI et le Règlement de conciliation de la CNUDCI.

Le principe de distinction entre les rôles de conciliateur et d'arbitre est également repris dans le règlement de plusieurs institutions africaines d'arbitrage et de conciliation. Ainsi, le Règlement de conciliation et de médiation du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation (CAMC) de la Chambre de commerce et d'industrie de Dakar (CCIAD) énonce en son article 14 : « *Les parties et le conciliateur s'engagent à ce que ce dernier ne remplisse pas les fonctions d'arbitre, de représentant ou de conseil d'une partie dans une procédure arbitrale ou judiciaire liée au différend objet de la médiation* ».

L'article 7 du Règlement de conciliation et de médiation du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation (CAMC-O) de la Chambre de commerce et d'industrie du Burkina Faso reprend *in extenso* le texte du CAMC.

L'article 13 du Règlement de conciliation et de médiation de la Cour d'arbitrage de Côte d'Ivoire reprend également ce principe : « *Sauf accord des parties, le médiateur ou le conciliateur s'interdit de remplir les fonctions d'arbitre, d'expert, de représentant ou de conseil d'une partie, dans une procédure judiciaire ou arbitrale relative au litige ayant fait l'objet de la procédure de médiation ou de conciliation* ».

Il semble donc généralement admis qu'il ne soit pas souhaitable qu'une même personne intervienne successivement comme médiateur ou conciliateur puis comme arbitre dans le cadre du même litige.

i. Les méthodes combinant les deux systèmes

Plusieurs institutions d'arbitrage et de médiation proposent aujourd'hui des méthodes combinant les deux systèmes. Il en est ainsi de « l'ARB-MED ».

Dans ce processus, la procédure d'arbitrage précède la procédure de médiation. Cependant la décision arbitrale reste secrète jusqu'à la fin de la procédure de médiation. Si la médiation aboutit, la sentence arbitrale n'est pas révélée. En cas d'échec de la médiation, la sentence s'impose aux parties. Le rôle du médiateur peut dans ce cas être tenu par la même personne.

La solution « MED-ARB » est un processus inverse, appliqué notamment par le Centre de médiation de Singapour. Son règlement prévoit que les parties peuvent demander à un tiers d'être d'abord médiateur, puis arbitre si la médiation échoue¹².

12. Règlement du MED-ARB de Singapour, Mediation Center, art. 11.

Chapitre 2

Procédure de médiation

Article 3. Médiation institutionnelle

Le fait de recourir à une institution de médiation emporte adhésion des parties au règlement de médiation de ladite institution.

1. Sur la validité du choix de la procédure de médiation par référence

a. L'Acte uniforme valide le choix de la procédure de médiation par référence

En affirmant que le fait de s'adresser à une institution de médiation valide l'application du règlement de médiation de cette institution, l'AUM consacre la médiation dite « par référence ».

C'est en effet dans le cadre de ces institutions de médiation que ce mode de règlement des différends trouve son plus efficace terrain de développement. Non seulement ces institutions apportent à la médiation un appui technique en administrant le processus, en formant des médiateurs et en participant activement à la communication, comme le font depuis de nombreuses années dans leur domaine les centres d'arbitrages, mais elles apportent également à la médiation une caution morale indispensable à la confiance des parties.

b. Comparaison entre l'AUM et l'AUA

Il y a lieu d'observer toutefois que si l'AUM prévoit le fait que de recourir à une institution de médiation emporte l'adhésion des parties au règlement de médiation de cette institution, l'Acte uniforme sur l'arbitrage dispose pour sa part, en son nouvel article 10 : « *Le fait pour les parties de s'en remettre à un organisme d'arbitrage les engage à appliquer le Règlement d'arbitrage de cet organisme, sauf pour les parties à en écarter expressément certaines dispositions en accord avec ledit organisme* ».

On peut s'interroger sur les raisons pour lesquelles la même souplesse n'a pas été prévue en matière de médiation, alors qu'elle peut être utile notamment pour l'allongement des délais accordés au médiateur, lorsqu'un accord final est sur le point d'être trouvé.

Dans cette hypothèse, la souplesse sera à rechercher dans le texte de la clause ou du règlement de médiation lui-même et non dans l'Acte uniforme.

c. Débat sur l'acceptation de la clause de médiation par référence

L'Acte uniforme ne prévoit pas la clause de médiation par référence. Plus généralement, il est silencieux sur la forme du recours à la médiation, contrairement à l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, dont l'article 3-1 dispose « *La convention d'arbitrage doit être faite par écrit, ou par tout autre moyen permettant d'en administrer la preuve, notamment par la référence faite à un document la stipulant* ».

On devrait pouvoir emprunter ces dispositions pour le cas de la médiation, et notamment admettre la validité de la clause de médiation par référence à un document la stipulant.

Encore convient-il de s'interroger sur la connaissance que peut avoir l'autre partie, dans un contrat, du document stipulant ladite clause.

En matière d'arbitrage, la Cour de cassation française avait statué sur ce point dans un arrêt de principe¹.

Plus généralement, en matière de forme, la Cour de cassation a jugé dans un arrêt du 21 janvier 1999² que si la clause d'arbitrage doit nécessairement avoir un support écrit, le document dans lequel figure la clause est sans importance.

2. Sur les Règlements des Centres de médiation en Afrique

a. Le développement des Centres d'arbitrage et de médiation

Depuis 1995, plus de vingt pays africains, dont sept dans l'espace Ohada, ont créé des Centres d'arbitrage et de médiation, généralement placés sous l'égide de la Chambre nationale de commerce.

Ces Centres fonctionnent généralement sur le même modèle structurel, à savoir un secrétariat général qui a pour mission de mettre en œuvre les procédures de médiation et des locaux pour recevoir les parties et tenir les réunions de médiation.

Ainsi, le Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de Ouagadougou, qui est l'un des plus actifs en Afrique francophone, publie des

1. Cass. 1^{re} civ., 9 nov. 1993, n° 91-15194, *Bomar Oil*, dans les termes suivants : « *En matière d'arbitrage international, la clause compromissoire par référence écrite à un document qui la contient, par exemple des conditions générales ou un contrat type, est valable, à défaut de mention dans la convention principale, lorsque la partie à laquelle la clause est opposée a eu connaissance de la teneur de ce document au moment de la conclusion du contrat, et qu'elle a, en sus, par son silence, accepté l'incorporation du document au contrat.* », obs. *RTD com.* 1^{er} déc. 1999.
2. Cass. 2^e civ., 21 janv. 1999, *Coisplet c/Sté CH Dadruy Van Cauwenbergh*.

statistiques selon lesquelles, depuis sa création en 2007, et jusqu'à 2013, il aurait enregistré 184 requêtes en médiation. Toutefois, ces chiffres sont peu significatifs si on les compare à ceux des institutions de médiation d'Afrique anglophone à tout le moins.

b. L'absence de Règlement de médiation de la CCJA

On peut s'étonner que la Cour commune de justice et d'arbitrage, dont l'une des fonctions est l'administration des arbitrages par un règlement d'arbitrage révisé au même moment que l'adoption de l'Acte uniforme sur la médiation, ne se soit pas dotée d'un Règlement de médiation.

Ceci est d'autant plus regrettable que le règlement d'arbitrage de la CCJA ne prenant pas en compte la problématique particulière des « petits litiges », c'est-à-dire des litiges dont l'enjeu est inférieur à certains montants, les parties peuvent hésiter dans ce cas à confier leur différend à un tribunal arbitral, compte tenu des coûts et de la longueur de la procédure. La médiation constitue dans de tels cas un mode alternatif de règlement du litige parfaitement adapté, auquel la Cour commune de justice et d'arbitrage aurait pu contribuer.

c. Les Règlements de médiation

Sur le plan juridique, les Centres de médiation élaborent et publient des Règlements de médiation qui constituent pour les parties un guide procédural du processus de médiation.

En Afrique se sont créés de très nombreux Centres d'arbitrage et de médiation, lesquels ont élaboré des règlements de médiation. Il s'agit notamment à ce jour du Centre d'arbitrage de médiation et de conciliation de Dakar (CAMC), du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de Ouagadougou (CAMC-O), du Centre d'arbitrage de Côte d'Ivoire (CACI), du Centre d'arbitrage de médiation et de conciliation du Bénin (CAMEC), du Centre national d'arbitrage, de conciliation et de médiation de la République démocratique du Congo (CENACOM) ou encore du Centre de conciliation et d'arbitrage du Mali (CECAM), lesquels proposent tous des règlements de médiation.

Ces Règlements sont complémentaires de l'AUM et ont la même valeur juridique que les Règlements d'arbitrage. Les parties peuvent convenir de modifier toute disposition du règlement de médiation, sous réserve du droit pour le Centre de médiation de ne pas administrer la procédure s'il considère, à sa discrétion, que la modification envisagée n'est pas conforme à l'esprit du Règlement.

d. Le Règlement de médiation de la Cour d'arbitrage de Côte d'Ivoire (CACI)

En plus d'abriter le siège de la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA), la Côte d'Ivoire possède une Cour d'arbitrage (CACI) ; elle est donc dotée de deux institutions de règlement alternatif de différends. Cependant, de ces deux institutions, seule la CACI propose un Règlement de médiation.

La CACI peut être saisie par une requête en médiation, adressée à son Secrétaire général, dans laquelle l'une des parties, ou les deux conjointement expriment le souhait de voir régler leur différend à l'amiable au moyen de la médiation, et ce, soit par référence à une clause de leur contrat, soit dans le cadre d'un compromis.

La désignation du médiateur fait l'objet d'une réunion avec le Secrétaire général de la CACI ; ce n'est qu'à défaut d'accord entre les parties, que, dans les quinze jours qui suivent cette réunion, la CACI désigne un médiateur.

La durée de la médiation ne doit pas excéder trois mois à compter de la date de la nomination du médiateur ; ce délai peut être toutefois prorogé par le Secrétaire général sur demande motivée du médiateur avec l'accord des parties, sans pouvoir excéder cinq mois.

Tout projet de protocole d'accord doit avant sa signature être transmis au Secrétaire général de la CACI, lequel peut y faire des observations de forme. Ses observations ne lient pas le médiateur.

e. Le Règlement du Centre d'arbitrage de médiation et de conciliation de Ouagadougou (CAMC-O)

Le Règlement de médiation du Centre d'arbitrage de médiation et de conciliation de Ouagadougou s'applique, lorsque les parties désirent trouver une solution amiable à un différend par la médiation et sollicitent l'assistance de ce Centre.

Le médiateur est désigné par les parties conformément aux modalités prévues par leur accord, sur la liste des médiateurs du Centre. À défaut d'accord entre les parties sur le nom du médiateur, le Centre nomme un médiateur unique.

Le Secrétaire permanent du Centre organise une première rencontre entre les parties et le médiateur, lequel dispose d'un délai de deux mois pour conclure la médiation ou constater son échec.

f. Le Règlement du Centre d'arbitrage et de médiation de Dakar (CAMD)

Le Centre d'arbitrage et de médiation de Dakar (CAMD) a été constitué en 1998 sous l'égide de la Chambre de commerce ; il est chargé d'organiser le

règlement des litiges par le biais de l'un ou de l'autre des modes alternatifs à la justice étatique que sont l'arbitrage, la médiation et la conciliation.

La médiation peut être mise en œuvre à la demande des parties ou à la demande de l'une d'entre elles lorsqu'elles en ont convenu au terme de leur contrat.

Le médiateur est désigné par les parties conformément aux modalités prévues par leur accord, sur la liste des médiateurs de la Chambre. En cas de désaccord, le Centre de médiation peut nommer un médiateur.

Le médiateur dispose d'un délai de deux mois pour conclure la médiation ou constater son échec. Ce délai court à compter de la date de la première réunion organisée par le Secrétariat général.

g. Le Règlement de médiation de l'OAPI

L'OAPI a décidé, par une résolution de son Conseil d'administration du 14 décembre 2014, de créer en son sein un centre d'arbitrage et de médiation. Le Centre d'arbitrage et de médiation de l'OAPI a pour mission de procurer une solution arbitrale pour tout différend en matière de propriété intellectuelle, d'ordre contractuel ou non, à caractère interne ou international. Le différend doit lui être soumis par des parties ayant leur domicile ou leur résidence habituelle dans un État membre de l'OAPI, ou lorsque le contrat doit être exécuté sur le territoire d'un au moins des États membres de l'OAPI.

Le Centre a également pour mission d'aider les parties à régler leurs litiges à l'amiable au moyen de la médiation.

Le règlement de médiation de l'OAPI prévoit notamment que, lorsque le Centre est saisi par une partie qui invoque l'existence d'un accord de médiation, il notifie sans délai cette demande à l'autre partie, laquelle dispose d'un délai de dix jours pour faire part de ses observations.

C'est dans un même bref délai de dix jours qu'à défaut d'accord entre les parties sur le nom du médiateur, celui-ci est désigné par le Centre. Dans les cinq jours suivant sa désignation, le médiateur signe et communique au Centre et aux parties sa déclaration d'indépendance et d'impartialité.

3. Les Règlements de médiation hors Afrique

a. Le Règlement de médiation du CMAP

Le Centre de médiation et d'arbitrage de Paris offre d'accompagner le processus amiable de résolution des conflits par voie de médiation, notamment en formant des médiateurs et en les agréant. Il propose également un règlement de médiation. La durée de la médiation ne peut excéder deux mois à compter de la désignation du médiateur. Toutefois, cette durée peut être

prolongée par le CMAP ou le juge ayant ordonné la médiation avec l'accord du médiateur et de toutes les parties.

Une des particularités de ce règlement est de prévoir que dans l'hypothèse d'un litige à caractère international, les parties peuvent demander au médiateur s'il est disposé à être désigné par le Centre en qualité d'arbitre afin de rendre une sentence d'accord-parties. En cas de réponse positive du médiateur, le CMAP voit alors une procédure d'arbitrage et la sentence est prononcée dans les conditions prévues au Règlement d'arbitrage du CMAP.

b. Le Règlement de médiation de l'Association Française d'Arbitrage

L'Association française d'arbitrage (AFA), association de la loi de 1901 a pour objet la promotion d'arbitrage et de médiation tant sur le plan interne que sur le plan international, pour une meilleure résolution des litiges. Elle dispose d'un centre qui offre aux particuliers et aux entreprises un règlement clair, simple et efficace appliqué avec une éthique exigeante.

Elle a pour valeur l'indépendance, la confidentialité, l'efficacité et la loyauté qui se déclinent à tous les niveaux de l'Association à chaque phase de procédure.

Les parties peuvent ainsi s'inspirer du modèle de clause de médiation suivant :

« Les différends qui viendraient à se produire à propos du présent contrat seront soumis à la médiation, conformément au règlement de médiation de l'Association Française d'Arbitrage ».

Dans tous les cas, y compris en l'absence de clause de médiation, les parties qui veulent avoir recours à la médiation de l'Association Française d'Arbitrage signent un procès-verbal de mise en œuvre de la médiation et s'engagent à assurer la confidentialité de leurs échanges, y compris dans le cadre ultérieur d'une procédure arbitrale ou judiciaire.

c. Le Règlement de médiation de la CCI

Ce règlement, en vigueur depuis 2014, reflète les tendances actuelles à établir des paramètres clairs pour la conduite de la procédure de médiation. Les parties qui souhaitent recourir à la médiation de la CCI sont encouragées à inclure une clause de règlement ainsi rédigée : *« Les parties peuvent à tout moment et sans préjudice de toutes autres procédures, rechercher un règlement de tout différend résultant du présent contrat ou si rapportant conformément au règlement de la médiation de la CCI ».*

Cette clause n'engage pas les parties à agir en ce sens, mais a pour objet de leur rappeler qu'ils ont toujours la possibilité de recourir à la médiation ou à une autre formule de règlement des différends.

Les parties peuvent adopter une autre clause plus contraignante, rédigée dans les termes suivants : « *En cas de différend résultant du présent contrat ou s'y rapportant, les parties conviennent de discuter et d'envisager en premier lieu de soumettre le différend au règlement de médiation de la CCI* ».

Les parties peuvent également imposer un recours préalable à la médiation. Dans ce cas, la clause peut être la suivante : « *En cas de différend résultant du présent contrat ou s'y rapportant, les parties soumettent en premier lieu le différend à la procédure prévue par le règlement de médiation de la CCI. Si le différend n'a pas été réglé dans le cas dudit règlement dans un délai de quarante-cinq jours suivant le dépôt de la demande de médiation ou dans un autre délai dont les parties peuvent convenir par écrit, le différend sera ensuite tranché définitivement suivant le règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale par un ou plusieurs arbitres nommés conformément à celui-ci* ».

Dans ce cas, aucune procédure d'arbitrage ne peut être introduite avant l'expiration du délai de quarante-cinq jours ou de tout autre délai que les parties estimerait approprié selon le contrat en cause.

Article 4. Début de la procédure de médiation

La procédure de médiation débute le jour où la partie la plus diligente met en œuvre toute convention de médiation écrite ou non.

Si, en l'absence de convention, la partie qui a invité une autre partie à la médiation n'a pas reçu d'acceptation de son invitation écrite dans les quinze (15) jours de la date de réception de l'invitation ou à l'expiration de tout autre délai qui y est spécifié, elle peut considérer l'absence de réponse comme un rejet de l'invitation à la médiation.

Une juridiction étatique ou arbitrale peut, en accord avec les parties, suspendre la procédure et les renvoyer à la médiation. Dans les deux cas, la juridiction étatique ou arbitrale fixe le délai de suspension de la procédure.

Sauf convention contraire des parties, le début de la procédure de médiation suspend le délai de prescription de l'action. Lorsque la procédure de médiation a pris fin sans qu'un accord issu de la médiation soit intervenu, le délai de prescription recommence à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six (6) mois, à compter du jour où la médiation s'est achevée sans accord.

1. La rédaction d'une convention de médiation

a. La convention de médiation

L'entrée en médiation est plus aisée lorsque les parties ont inséré dans leur contrat une clause de médiation.

Cette invitation à la médiation peut également intervenir après la naissance d'un différend.

Que cette clause soit stipulée dans un contrat, avant la naissance du différend, ou postérieure à la naissance du différend, les règles applicables sont identiques. Le vocable « convention de médiation » désignant ainsi, indifféremment une clause de médiation ou un acte subséquent.

Le rapprochement est évident avec le régime de l'arbitrage, auquel les parties peuvent recourir sur la base d'une clause compromissoire ou d'un compromis, ainsi que l'a précisé le nouvel article 3-1 de l'AUA.

b. Autonomie de la clause de médiation

À l'instar de la clause d'arbitrage, la clause de médiation est autonome par rapport au contrat qui la contient. Elle n'est pas affectée par la nullité éventuelle de ce contrat et peut permettre ainsi aux parties de rechercher une

solution à leur différend, quand bien même tout ou partie de leur relation contractuelle serait entaché de nullité.

Cette autonomie prend d'autant plus de valeur lorsque les parties sont convenues de donner à la clause de médiation un caractère obligatoire.

c. Précautions pour assurer la validité de la convention

La convention de médiation ne présente d'intérêt que si elle peut effectivement être mise en œuvre sans être par elle-même, sans être entachée d'un vice ou d'une maladresse de rédaction qui pourrait conduire à en contester l'application.

Les rédacteurs des conventions de médiation doivent donc, pour éviter toute contestation sur sa validité ou son effectivité, prendre certaines précautions.

La première de celles-ci est d'éviter toute ambiguïté sur la nature de la mission confiée au tiers médiateur.

Il ne faut pas que l'on puisse, à la lecture de la clause, être conduit à s'interroger sur le point de savoir si le tiers désigné est un médiateur, chargé seulement d'aider les parties à trouver une solution conventionnelle à leur différend, ou un arbitre chargé de trancher celui-ci. Toute incertitude sur ce point ne peut qu'engendrer un contentieux au niveau de la validité ou des effets de la clause considérée. Cela n'interdit naturellement pas de prévoir la médiation et, en cas d'insuccès, l'arbitrage ; mais encore convient-il de bien distinguer ces deux phases dans la rédaction de la clause.

Par ailleurs, pour éviter toute allégation par une des parties de la nullité du contrat principal et par voie de conséquence toute discussion sur la validité de la clause de médiation, il est prudent d'indiquer également que la médiation s'impose quand bien même le litige porterait sur la validité du contrat et de rédiger cette disposition de manière suffisamment large pour ne faire naître aucune ambiguïté.

Ce n'est qu'à cette condition que sera véritablement assurée l'autonomie de la clause de médiation et qu'elle pourrait produire les effets attendus.

d. Conseils pour la rédaction de la clause de médiation

La clause de médiation la plus simple à rédiger serait :

« Les différends qui viendraient à se produire à propos du présent contrat seront soumis à la médiation ».

Toutefois, une telle rédaction laisserait les parties face à la difficulté de trouver un accord sur le choix du médiateur, le lieu de la médiation et encore les délais de saisine.

Aussi, nous lui préférons une clause de médiation plus élaborée :

« Les parties peuvent, à tout moment et sans préjudice de toute autre procédure, rechercher un règlement de tout différend résultant du présent contrat en désignant d'un commun accord un médiateur, avec mission de les aider à trouver une solution amiable à ce différend. Ce médiateur disposera d'un délai de [...] mois à compter de [...] pour faire parvenir les parties à un accord. ».

Si les parties préfèrent se référer au règlement de médiation d'une institution, la clause pourrait être ainsi rédigée :

« Les parties peuvent, à tout moment et sans préjudice de toute autre procédure, rechercher un règlement de tout différend résultant du présent contrat en sollicitant le concours du Centre de médiation de..., avec mission pour le médiateur ainsi désigné de les aider, dans le cadre du règlement de ce Centre à trouver une solution amiable à ce différend ».

Cette clause ne les engage pas à aller dans ce sens, mais a pour objet de leur rappeler qu'elles ont toujours la possibilité de recourir à la médiation.

Une clause plus incitative pourrait être ainsi rédigée :

« Les différends qui viendraient à se produire à propos du présent contrat seront soumis à la médiation, conformément au règlement de médiation de [...] ».

Les parties peuvent également s'obliger à soumettre le différend à un règlement de médiation avant tout recours à l'arbitrage. Dans ce cas, la clause de médiation pourra être rédigée dans les termes suivants :

« En cas de différend résultant du présent contrat ou s'y rapportant, les parties soumettront en premier lieu ce différend à une procédure de médiation (ou à la procédure prévue par le règlement de médiation de... Si le différend n'a pas été réglé dans le cadre de cette médiation dans un délai de 60 jours suivant le dépôt de la demande de médiation ou dans tout autre délai dont les parties pourraient convenir par écrit, le différend sera ensuite tranché définitivement par voie d'arbitrage (ou suivant le règlement d'arbitrage de...) par un ou plusieurs arbitres nommés par les parties (ou conformément à ce règlement) ».

2. Mise en œuvre de la clause de médiation

a. L'ouverture de la médiation

L'article 4 de l'Acte uniforme prévoit que la procédure de médiation débute le jour où la partie la plus diligente met en œuvre la convention de médiation. Il faut se reporter au 2^e alinéa de cet article pour comprendre que cette mise en œuvre consiste en une invitation écrite à la médiation. Cette disposition est à rapprocher de l'article 4 de la loi type CNUDCI. En conséquence, même si une clause contractuelle impose aux parties l'obligation de recourir à la médiation, cette procédure ne débute que lorsque les parties prennent l'initiative de l'engagement.

b. L'invitation à la médiation

Le législateur Ohada a prévu que cette invitation doit être « écrite », disposition que l'on peut interpréter comme visant une invitation « laissant trace écrite ». Aucun formalisme n'est exigé quant à la rédaction de cet écrit.

On doit en outre, conseiller aux parties, de prévoir que cette invitation soit remise contre décharge ou encore par lettre recommandée avec accusé de réception.

c. L'acceptation de l'invitation d'entrer en médiation

L'alinéa 2 de l'article 4 de l'Acte uniforme prévoit que la partie qui a reçu l'invitation écrite à entrer en médiation doit faire connaître son acceptation dans les quinze (15) jours de la réception de cette invitation ou à l'expiration de tout autre délai qui serait spécifié.

L'objectif essentiel d'une clause de médiation est de conduire les parties à engager ce processus avant d'entreprendre tout autre recours, tel le recours à l'arbitrage ou aux tribunaux. Toutefois, la médiation est et demeure un processus volontaire. Dès lors que l'autre partie ne répond pas à l'invitation qui lui est faite, la médiation ne peut être entreprise.

Il est évident que cette disposition n'a pas de caractère impératif puisqu'elle laisse aux parties la faculté de prévoir des stipulations différentes. Celles-ci peuvent porter sur la forme de l'invitation, sur les délais, ou encore sur la possibilité, faute de réponse, de saisir un organisme de médiation.

d. L'absence de réponse à l'invitation d'entrer en médiation

L'Acte uniforme prévoit expressément que l'absence de réponse à l'invitation dans un délai de quinze jours de la date de sa réception, ou à l'expiration de tout autre délai qui serait spécifié dans cette invitation, peut être considérée comme un rejet de cette invitation.

Cette disposition présente le mérite de clarifier la situation et de permettre à la partie invitante de passer à l'étape suivante de ses relations avec l'autre partie, étape judiciaire ou arbitrale.

L'alinéa 2 réserve toutefois la possibilité pour les parties de prévoir dans leur convention d'autres dispositions.

e. Le renvoi à la médiation par une juridiction étatique ou arbitrale

L'initiative de la médiation peut aussi être prise par une juridiction étatique ou arbitrale, avec l'accord des parties. La procédure en cours est alors suspendue.

L'alinéa 3 du présent article prévoit dans ce cas que la juridiction étatique ou arbitrale fixe le délai de suspension de la procédure.

Il ne faut pas confondre cette hypothèse avec celle visée par l'article 2 de l'AUM qui exclut de son champ d'application les cas dans lesquels un

juge, pendant une instance judiciaire, tente de faciliter un règlement amiable directement avec les parties en devenant médiateur dans l'affaire qui lui est soumise ; cette procédure ressortant alors, non plus de l'Acte uniforme sur la médiation, mais des textes nationaux d'organisation judiciaire.

3. Effets de la clause de médiation

a. Obligation de concourir à la procédure de médiation

Le fait pour une partie de répondre favorablement à l'invitation de l'autre partie à entrer en médiation l'oblige-t-il à collaborer ensuite au processus de médiation ? En d'autres termes, la réponse positive de la partie invitée l'engage-t-elle à suivre ensuite le processus de médiation jusqu'à son terme ?

La réponse à ces questions tient, là encore, à la bonne rédaction de la clause et donc des prévisions contractuelles. Le processus de médiation ne peut être mené à son terme que par la volonté conjointe des parties.

Chacune d'entre elles peut s'en retirer à tout moment. Toutefois, dans le cadre d'une médiation conventionnelle, le principe de loyauté contractuelle devrait conduire les parties à participer au processus avec pour objectif d'aboutir à la conclusion d'un accord.

b. Interdiction de saisir la juridiction ou le tribunal arbitral avant la fin de la procédure de médiation

Dans le cadre d'une médiation conventionnelle, les parties peuvent s'engager à ne pas saisir la juridiction compétente ou le tribunal arbitral avant la fin du processus, ou le terme du délai prévu. Encore, convient-il qu'elles prévoient expressément cet engagement dans leur convention de médiation.

Certes, les parties peuvent toujours, d'un commun accord, constater l'échec de leurs discussions et mettre fin de manière anticipée à la médiation, mais cette faculté n'est offerte que « d'un commun accord ».

Il est exclu qu'une partie non satisfaite du processus de médiation anticipe la fin du délai et prenne l'initiative de cette saisine, alors qu'elle s'était engagée à participer à la médiation pendant toute la durée prévisionnelle de celle-ci.

c. Suspension du délai de prescription

L'invitation à entrer en médiation suspend le délai de prescription.

L'importance de cette disposition est évidente. Rappelons qu'elle était déjà prévue dans les termes de l'article 21 de l'Acte uniforme sur le droit commercial général du 15 décembre 2010, lequel dispose :

« La prescription ne court pas ou est suspendue à l'égard de celui qui est dans l'impossibilité d'agir par suite d'un empêchement résultant de la loi, de la convention ou de la force majeure. »

Elle est suspendue à compter du jour où, après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation, ou à défaut d'accord écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation ou de conciliation. Le délai de prescription commence à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six (6) mois, à compter de la date à laquelle soit l'une des parties ou les deux, soit le médiateur ou le conciliateur déclarent que la médiation ou la conciliation est terminée [...] ».

Toutefois, l'avant-projet avait omis de rappeler cette précision selon laquelle le délai de prescription recommence à courir à la fin de la médiation « *pour une durée qui ne peut être inférieure à six (6) mois* ». Fort heureusement pour la cohérence des deux textes, l'Acte uniforme sur la médiation a repris cette mention qui parfait ainsi la rédaction du texte.

Article 5. Nombre et désignation des médiateurs

Les parties choisissent le ou les médiateurs d'un commun accord.

Pour la désignation des médiateurs, les parties peuvent demander l'assistance de toute personne physique ou morale, notamment un centre ou une institution offrant des services de médiation, appelée « autorité de désignation ».

À cet effet, une partie peut demander à l'autorité de désignation de recommander des personnes ayant les qualités et compétences requises pour servir de médiateur.

Les parties peuvent également convenir que l'autorité de désignation nomme directement le ou les médiateurs.

Lorsqu'elle recommande ou nomme des médiateurs, l'autorité de désignation tient compte des considérations propres à garantir la désignation d'une personne indépendante, impartiale et disponible. Elle prend en compte, le cas échéant, le fait qu'il peut être souhaitable de nommer une personne de nationalité différente de celle des parties, notamment lorsque les parties sont de nationalité différente.

Lorsqu'une personne est sollicitée en vue de sa désignation en qualité de médiateur, elle signale toutes circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance. À compter de la date de sa nomination et durant toute la procédure de médiation, le médiateur révèle aux parties, sans tarder, toutes circonstances nouvelles susceptibles de soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance.

Voir commentaires à l'article 6 ci-après.

Article 6. Statut du médiateur

Au moment de sa désignation, le médiateur confirme dans une déclaration écrite son indépendance et son impartialité ainsi que sa disponibilité pour assurer la procédure de médiation.

Lorsque le médiateur révèle aux parties après sa nomination la survenance de circonstances nouvelles susceptibles de soulever des doutes sur son impartialité ou son indépendance, il les informe de leur droit de s'opposer à la poursuite de sa mission. Si l'une des parties refuse en conséquence de poursuivre la médiation, il est mis fin à la mission du médiateur.

1. La désignation du médiateur

La désignation du médiateur est peut-être la phase la plus décisive et la plus délicate de la médiation, comme c'est le cas avec l'arbitrage institutionnel¹.

Il appartient en effet aux parties de choisir avec soin le médiateur qui va s'engager dans la tâche délicate de tenter de les rapprocher.

a. Le médiateur, un professionnel indépendant de tout système étatique

Le médiateur est un auxiliaire de justice indépendant, personne physique ou morale, dont le rôle n'est encadré par aucun ordre professionnel institué par la loi, et ce, à la différence de l'avocat, du notaire ou du mandataire judiciaire.

Le médiateur, tout comme le conciliateur, ne disposait jusqu'alors d'aucun pouvoir de droit, mais, selon la formule du Professeur Philippe Jestaz, « [...] de *prérogatives de pur fait dont tout un chacun dispose déjà de par la Déclaration des droits, laquelle permet ce que la loi n'interdit pas* »².

Pour les rédacteurs de l'AUM, plusieurs voies pouvaient être suivies : rédiger des dispositions encadrant précisément les conditions d'accès et d'exercice de l'activité de médiateur ou simplement énoncer les principes gouvernant la mission du médiateur³.

1. Voir M. DE BOISSÉSON, « la constitution du tribunal arbitral dans l'arbitrage institutionnel », *Rev. arb.* 1990, p. 336.

2. Ph. JESTAZ, *RTD civ.* 1978, p. 755.

3. Ce fut le choix des rédacteurs de l'Acte uniforme sur les procédures collectives, dans sa version révisée de 2015, qui prévoit un statut du mandataire judiciaire.

C'est ce dernier choix qui a été retenu, à l'instar des dispositions en vigueur en matière d'arbitrage⁴.

b. Le choix du médiateur

Le comportement du médiateur est au centre du processus de médiation.

Sa capacité à rétablir ou non les liens rompus entre les parties sera déterminante pour l'issue de la médiation. Aussi, est-il essentiel de bien choisir le médiateur. Celui-ci est toujours désigné d'un commun accord par les parties soit, à leur initiative, soit sur la proposition faite par une institution de médiation.

En pratique, le nom du médiateur sera le plus souvent proposé par l'une des parties et accepté par l'autre ; en cas de refus, un dialogue s'engagera entre les parties et/ou leurs conseils, jusqu'à aboutir à la désignation d'un médiateur, choisi d'un commun accord.

Dans tous les cas, le médiateur devra être désigné pour ses qualités d'indépendance, d'impartialité et de bonne connaissance du milieu des affaires. Il devra jouir d'une complète légitimité en tant que « catalyseur de négociation raisonnée »⁵.

Il est recommandé aux parties de s'assurer également de sa disponibilité à intervenir dans les meilleurs délais.

c. Les critères du choix

Le médiateur doit être une femme ou un homme disposant de qualités naturelles, d'autorité, d'écoute, de sagesse et de patience. Son autorité naturelle doit susciter du respect chez les parties. Son écoute doit lui permettre de discerner les causes réelles, souvent non exprimées, du conflit et créer les conditions d'un véritable dialogue. Le médiateur doit comprendre et découvrir les raisons du différend ; il n'est pas là pour juger. Il doit également faire preuve de patience afin de saisir les opportunités qui lui sont offertes pour créer le dialogue.

Son attitude et ses propos doivent demeurer courtois sans exclure la fermeté lorsqu'elle est nécessaire. La courtoisie est toujours une manière de garder son interlocuteur à distance ; elle est une marque de respect et appelle naturellement le respect de celui qui la pratique.

Au-delà de ses qualités personnelles, le médiateur doit être disponible pour consacrer le temps nécessaire au processus de médiation.

4. On retrouve en effet des dispositions comparables dans l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, notamment à l'article 7 pour ce qui concerne l'acceptation de la mission, l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre, ainsi que la révélation des conflits d'intérêts.

5. A. STIMEC, *La médiation en entreprise*, Paris, Dunod, 2011, p. 52.

Le médiateur doit être « *habile, intuitif, sage et convaincant* »⁶. Il doit être également compétent dans le domaine dans lequel il intervient.

Il est courant d'affirmer que le médiateur doit être indépendant et impartial. Toutefois cette exigence d'indépendance n'est que relative.

Comme l'observe fort justement Amandine Ogoubi Akilotan, il n'est pas choquant en Afrique de recourir à un tiers avec lequel on entretient des relations d'amitié et de fraternité.

Si les parties se mettent d'accord, en toute transparence, sur le choix d'un médiateur connu par elles et dont elles sont parfaitement informées des liens qu'il entretient ou a entretenus avec chacune d'elles, il n'y a pas lieu alors de contester ce choix, qui peut au contraire s'avérer le plus pertinent, car ce médiateur ainsi désigné, bénéficiera d'un *a priori* de confiance des deux parties, ce qui est essentiel pour une réussite rapide de la médiation.

d. La désignation du médiateur par les parties

De même qu'il existe en matière d'arbitrage une distinction entre arbitrage *ad hoc* et l'arbitrage institutionnel, on peut distinguer le choix d'un médiateur *ad hoc*, c'est-à-dire celui qui aurait été choisi directement par les parties du choix d'un médiateur institutionnel proposé par un centre de médiation ou tout autre organisme.

En pratique, le choix du médiateur est le plus souvent le choix des Conseils, que celui des parties. Ce sont les Conseils qui généralement vont proposer à leur client le nom d'un ou de plusieurs médiateurs et justifier de ce choix.

Il appartient alors aux parties de faire confiance à leurs Conseils, car ces derniers ont naturellement un intérêt à proposer un médiateur qui réunira en sa personne toutes les qualités énumérées ci-dessus.

e. La désignation du médiateur par le centre de médiation

Il est également possible pour les parties de recourir aux services d'un centre de médiation pour faire le choix d'un médiateur,

La pratique de la plupart des Règlements des Centres de médiation est d'offrir aux parties, soit le libre choix d'un médiateur, soit sa désignation sur la base d'une liste indicative tenue par le Centre.

Mais l'intervention du Centre de médiation peut aller plus loin.

Tel est le cas du Règlement du CAMC-O, lequel prévoit en son article 10 que les parties pourront désigner le médiateur pour confirmation par le Centre, mais aussi si les parties ne s'entendent pas sur la désignation du médiateur, le Centre nomme un « médiateur unique ».

6. A. OGOUBI AKILOTAN, mémoire de master II recherche Droit africain, Université Paris 1, *L'introduction de la médiation conventionnelle dans l'espace Ohada*.

Plus encore, le règlement du CAMEC limite en son article 5.1 le choix du médiateur à sa seule liste. Cette disposition est fortement critiquable en matière de médiation, comme elle est critiquée en matière d'arbitrage, car elle vient en violation du principe de la liberté contractuelle⁷.

f. De l'incapacité des parties ou du Centre de médiation de désigner un médiateur

Les parties peuvent se trouver dans une situation dans laquelle elles ne peuvent trouver un accord sur le nom d'un médiateur.

De même, lorsque le choix opéré par le Centre de médiation ne devenant effectif qu'avec le consentement des parties, celles-ci peuvent refuser les propositions du Centre.

Dans ces cas, le processus de médiation doit prendre fin et il appartient au Centre de médiation, si son intervention a été sollicitée, de notifier aux parties que selon son appréciation la désignation d'un médiateur ne peut être faite ou qu'il n'est pas raisonnablement possible d'en nommer un⁸.

Il y a lieu également dans ce cas de s'interroger sur la responsabilité du Centre de médiation⁹.

2. Déontologie du médiateur

a. L'acceptation de sa mission par déclaration écrite

Au moment de sa désignation, le médiateur doit informer les parties de l'acceptation de sa mission par une déclaration écrite. Cette formule n'est pas sans rappeler l'article 7 de l'Acte uniforme Ohada relatif au droit de l'arbitrage, lequel dispose que « *L'arbitre qui accepte sa mission doit porter cette acceptation à la connaissance des parties par tout moyen laissant trace écrite* ».

Très curieusement toutefois, cette disposition ne figure pas dans la loi type CNUDCI, alors qu'elle offre de nombreux intérêts pratiques. Cette acceptation marque en effet le point de départ effectif de la médiation ; il appartiendra au médiateur dès sa nomination de prendre contact avec les parties et d'engager sa mission.

C'est d'ailleurs cette solution qui est adoptée par le droit français (art. 131-7 CPC) qui retient la date d'acceptation par le médiateur de sa mission comme point de départ de la médiation.

7. G. KENFACK DOUAJINI, « La portée abrogatoire de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage », *Rev. cam. arb.*, numéro spécial 2001, p. 35.

8. Voir règlement CCI, art. 6.1 (g).

9. Voir A. NGWANZA, « Regards franco-africains sur les étapes de la médiation commerciale », *JADA*, 2011-1, p. 36.

Par ailleurs, et toujours sur un plan pratique, cette acceptation permet au médiateur de faire connaître aux parties ses coordonnées exactes et les modes sécurisés de communication qu'il entend utiliser avec les parties : courriel, télécopie, téléphone portable, etc.

Bien souvent en effet, les parties ne disposent que d'informations partielles pour leur prise de contact avec le médiateur et cette lettre d'acceptation présente l'avantage de leur fournir toutes les informations utiles pour leurs échanges ultérieurs.

Elle permettra en outre au médiateur *ad hoc* de préparer et d'adresser ensuite aux parties son projet de convention de médiation.

b. L'obligation de révélation

En faisant du « *doute dans l'esprit des parties* », le critère de la définition de ce qui doit être révélé par le médiateur aux parties, l'Acte uniforme attribue à l'obligation de révélation une nouvelle finalité qui coexiste avec celle retenue classiquement.

L'obligation de révélation a pour finalité non seulement de permettre le contrôle préventif de la dépendance du médiateur, mais également de mettre les parties dans l'état de conclure de manière éclairée le contrat de médiateur.

En ce sens, elle correspond à l'obligation de révélation de l'arbitre¹⁰.

Il appartient ainsi au médiateur de révéler tous les faits pouvant altérer la confiance qui doit présider à sa désignation, même si ces faits ne révèlent pas objectivement un défaut d'indépendance.

Cette obligation de révélation étendue est analogue non seulement à celle qui s'impose à l'arbitre, mais plus généralement à celle du cocontractant au moment de la formation d'un contrat. Le médiateur doit révéler les faits qui, s'ils avaient été connus de l'une des parties, l'auraient dissuadé de consentir à sa désignation.

Cette disposition a été introduite afin, là encore, de pallier au risque de paralysie ultérieure de la procédure de médiation et d'éviter toute fin anticipée de celle-ci.

c. L'indépendance du médiateur

Dans cette déclaration écrite, le médiateur doit confirmer son indépendance. Cette confirmation constitue de sa part un gage de transparence. Il est vraisemblable en effet qu'à l'occasion de son choix, le médiateur désigné aura eu un premier contact avec l'une des deux parties. Il est

10. Voir É. LOQUIN, *La dualité des fonctions de l'obligation de révélation*, in *Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, 2013, Dalloz, p. 487 à 499.

alors important de révéler à l'autre ou aux autres parties qu'il est et s'engage à demeurer indépendant.

Les critères d'indépendance et d'impartialité sont rappelés dans la quasi-totalité des lois relatives à la médiation et des règlements de médiation.

L'indépendance et l'impartialité qui sont exigées du médiateur sont deux qualités qui sont certes liées, mais qui ne se recoupent pas intégralement. L'impartialité est une notion plus psychologique que factuelle ; elle désigne un état d'esprit fait d'ouverture et d'absence de préjugés. L'indépendance est une qualité plus objective et factuelle. Elle recouvre en effet des situations objectives d'absence de relation, d'alliance, de travail, de collaboration entre l'une des parties et le médiateur.

La dépendance est prohibée parce qu'elle fait présumer la partialité du médiateur. C'est en cela que sans se confondre les deux qualités entretiennent des relations.

d. Comparaison avec l'indépendance de l'arbitre

La condition d'indépendance a fait l'objet de nombreux commentaires en droit de l'arbitrage. De nombreuses décisions ont eu à statuer sur l'indépendance de l'arbitre, inhérente à sa fonction juridictionnelle en ce sens que d'une part, il accède dès sa désignation au statut de juge, exclusif de tout lien de dépendance, notamment avec les parties. Par ailleurs, les circonstances invoquées pour contester cette indépendance doivent caractériser, par l'existence de liens matériels ou intellectuels une situation de nature à affecter le jugement de l'arbitre, en constituant un risque certain de prévention à l'égard de l'une des parties à l'arbitrage¹¹.

On peut en conclure qu'il ne peut y avoir d'indépendance, dès lors que l'arbitre partage avec une partie des intérêts communs. Il en est de même en matière de médiation.

e. L'impartialité

Le médiateur prend au moment de sa désignation un engagement d'impartialité.

Cette notion d'impartialité est encore plus difficile à appréhender. En effet, si l'indépendance apparaît comme une situation de droit ou de fait, l'impartialité est une notion plus psychologique que factuelle une disposition de l'esprit ; elle désigne un comportement fait d'ouverture et d'absence de préjugés

11. Voir Paris, 2 juin 1989, deux arrêts, *Rev. arb.* 1991, p. 87 ; Paris, 28 juin 1991, *Rev. arb.* 1992, p. 568, note P. BELLET ; Paris, 9 avr. 1992, *Anna Hold BV c/D Frydmann et autres*, D. 1992.IR.173.

En premier lieu, l'impartialité du médiateur peut être contestée parce qu'il aurait déjà connu du litige ou d'un litige connexe dans une médiation antérieure.

Il est vraisemblable, toutefois, que dans un tel cas, le médiateur n'aura pas manqué de faire connaître ce motif éventuel de récusation afin d'éviter toute difficulté à ce sujet.

Mais le plus souvent, l'impartialité du médiateur sera contestée en raison d'une situation, d'un comportement ou d'une attitude de ce dernier antérieur au processus de médiation. Il peut s'agir notamment d'une position prise par le médiateur dans un débat d'ordre juridique ou professionnel qui serait contraire aux intérêts de l'une des parties ; il peut s'agir également d'un lien ou d'une relation qu'aurait entretenu le médiateur avec l'une des parties dans un cadre personnel ou professionnel.

Toutefois, ce sera avant tout par son comportement tout au long du processus de médiation que le médiateur pourra démontrer qu'il est une personne impartiale. Il devra faire preuve d'une écoute active égale et constante envers chaque participant, établir des règles de jeu équitables et les faire respecter.

Il ne faut pas oublier que l'impartialité est plus un ressenti des parties, qu'un acte volontaire du médiateur.

Le Tribunal fédéral suisse a ainsi rejeté les accusations ou suspicions ne reposant que : « *sur le seul sentiment subjectif d'une partie (et non) sur des faits concrets propres à justifier objectivement et raisonnablement (la méfiance) chez une personne réagissant normalement* »¹².

Si le médiateur est aussi avocat ou conseil, il devra faire attention au rôle qu'il jouera pendant la médiation. Il devra agir uniquement à titre de médiateur, ce qui signifie qu'il ne pourra émettre d'opinions juridiques ; agir autrement pourrait avoir une influence sur son impartialité et engendrer éventuellement sa responsabilité.

Le juriste médiateur devra se limiter à expliquer ce que le droit applicable prévoit de façon objective.

Si les parties ont une opinion différente sur un point juridique, le médiateur devra les diriger vers un conseil indépendant plutôt que de tenter de trancher la question.

f. Disponibilité

La disponibilité du médiateur (ou de l'arbitre) est un sujet qui a donné lieu à peu de commentaires, mais qui en pratique peut s'avérer d'une importance extrême.

12. T. fédéral suisse, 11 mai 1992, D. CA, *Bull. ASA* 1992, n° 380 SEPC, p. 392.

Le médiateur sera le plus souvent choisi en raison de ses qualités professionnelles, de ses connaissances linguistiques, de ses qualifications, de son expérience et de son attitude à conduire une médiation. Le cumul de ces critères pourrait conduire les parties à choisir une personne dont l'agenda est déjà très chargé de nombreux engagements. Il importe donc que le médiateur s'assure, avant l'acceptation de sa mission, de sa totale disponibilité pour accomplir celle-ci, et ce d'autant que les délais imposés pour aboutir à un accord sont souvent brefs (1 à 2 mois).

Il n'est pas envisageable, comme dans d'autres matières arbitrale ou judiciaire, que le médiateur reporte son intervention à plusieurs semaines, voire plusieurs mois, alors même que sa désignation par les parties signifie que celles-ci sont prêtes à se réunir.

Il n'est pas exclu que la responsabilité du médiateur puisse être engagée, faute par celui-ci d'honorer son engagement de disponibilité.

L'article 9-1 du nouveau Règlement de la CCI a été le premier à introduire des conditions de disponibilité et d'aptitude de l'arbitre éventuel à conduire l'arbitrage conformément au Règlement. Cette disposition ne signifie pas que la disponibilité est une condition de l'engagement de l'arbitre ; lorsqu'il a notamment d'autres obligations professionnelles, mais suppose que chaque personne qui accepte d'être arbitre ait la volonté d'accorder un temps prioritaire à l'exercice de cette fonction.

Quant à la capacité à conduire la médiation, elle suppose que le médiateur ait une connaissance suffisante de la langue dans laquelle la médiation est requise, et qu'il dispose de l'autorité nécessaire vis-à-vis des parties pour accomplir sa mission de médiateur.

g. Circonstances nouvelles intervenant après sa nomination

L'alinéa 2 de l'article 6 impose au médiateur de révéler aux parties la survenance de toute circonstance nouvelle intervenant après sa nomination, susceptible de soulever des doutes sur son impartialité ou son indépendance. Il doit les informer de leur droit à s'opposer à la poursuite de sa mission, et si telle est la décision d'une des parties, il est mis à fin à celle-ci.

Notons que le législateur Ohada n'a pas prévu que les circonstances nouvelles affectant la disponibilité du médiateur aient également à être portées à la connaissance des parties, ce qui peut être regrettable pour les raisons évoquées ci-dessus.

Dans la mesure où par ailleurs cette révélation peut entraîner la fin de la mission du médiateur, on devra s'interroger sur l'impact de l'annulation du processus de médiation au regard du délai fixé par les parties dans leur convention.

Ce délai recommence-t-il à courir de zéro à compter de la désignation d'un nouveau médiateur ou le temps déjà couru du processus de médiation annulé doit-il être décompté dans la durée globale de la médiation ?

L'AUM n'apporte aucune précision, et il appartiendra aux parties de trouver un nouvel accord ou à défaut à la juridiction ou au tribunal arbitral saisi ultérieurement de statuer notamment dans l'hypothèse d'une médiation obligatoire avant toute instance judiciaire ou arbitrale.

L'obligation de révélation existe non seulement à partir du moment où le médiateur est pressenti, mais aussi durant tout le processus de médiation. Là encore, ce principe est déjà bien connu en matière d'arbitrage. Il est rappelé notamment au dernier alinéa de l'article 7 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage révisé et dans de nombreux Règlements d'arbitrage.

h. Une personne physique ayant le plein exercice de ses droits civils

Contrairement à plusieurs lois sur la médiation ou Règlements de médiation, l'AUM ne précise pas que la médiation ne peut être confiée qu'à une personne physique, qui doit avoir le plein exercice de ses droits civils. Certes, il ne peut être exigé du médiateur qu'il présente son casier judiciaire, ce qui est parfois difficile sur un plan purement matériel, ou encore qu'il justifie du plein exercice de ses droits civils.

Le médiateur est avant tout un « facilitateur » et doit, à ce titre, disposer de qualités d'écoute et de négociation ; qualités qui sont indépendantes de tout formalisme. Cependant, la réserve du plein exercice des droits civils, qui figurait notamment dans la loi burkinabé du 17 décembre 2012 sur la médiation, pourrait constituer un rempart contre la tentation pour certains de voir dans la fonction de médiateur un palliatif à leur interdiction d'exercer des fonctions juridictionnelles ou d'auxiliaires de justice en raison de précédentes condamnations.

i. Compétence professionnelle du médiateur

Les parties tout comme les Centres de médiation doivent tenir compte des qualités du médiateur pressenti, y compris de ses qualifications, de son expérience et si nécessaire de ses compétences linguistiques.

Ce sujet ouvre un débat sur la formation du médiateur et ses connaissances en la matière. Certains peuvent en effet souhaiter que le médiateur soit un expert dans le domaine faisant l'objet du différend entre les parties. D'autres préféreront qu'il n'ait pas de connaissances précises dans ce domaine, évitant ainsi des idées préconçues en la matière.

Les parties peuvent également vouloir s'assurer que le médiateur a suivi une formation spécifique à la médiation. Certes plusieurs formations sont offertes de façon régulière par différents organismes qui encouragent la

médiation privée. Par ailleurs, il existe des règlements spécifiques portant sur l'accréditation des médiateurs dans certains centres de médiation. Mais, là encore, le législateur s'est refusé, à juste titre, à notre avis, de préciser les diplômes qu'une personne intéressée devrait posséder pour pratiquer la médiation.

j. Incompatibilités entre médiation et arbitrage

Il est de principe que nul ne peut être dans le même litige à la fois médiateur et arbitre ou juge, ni devenir arbitre ou juge dans un litige dans lequel il était auparavant médiateur ou dans un autre litige né du même rapport contractuel ou juridique ou lié à ce rapport.

Une disposition de ce type est notamment prévue par l'article 12 de la loi type CNUDCI.

Cette disposition s'applique non seulement à « *un litige qui fait ou qui a fait l'objet de la procédure de médiation* », mais aussi à « *un autre litige né du même rapport contractuel ou juridique ou lié à ce rapport* », autrement dit d'une part, une médiation en cours et à une médiation passée et, d'autre part, aux différends nés du contrat qui sont distincts, mais qui sur le plan commercial ou sur celui des faits sont étroitement liés à la médiation.

Ce débat, dans lequel l'AUM avec raison n'a pas voulu entrer, n'est en effet qu'une hypothèse de mise en œuvre des principes d'indépendance et d'impartialité auxquels le médiateur doit s'engager dans sa déclaration d'acceptation. Il est certain, en effet, que s'il avait connu l'affaire dont s'agit en qualité d'arbitre unique ou membre d'un tribunal arbitral, il ne pourrait plus revendiquer la qualité d'impartialité, puisqu'il a déjà statué sur l'affaire.

3. Rémunération du médiateur

On peut s'étonner que l'AUM n'ait prévu aucune disposition concernant les honoraires du médiateur, alors qu'il apparaît évident que cette question doit être tranchée au moment même de sa désignation et de l'acceptation de sa mission.

La préoccupation trouve facilement sa solution lorsque les parties font appel à un centre de médiation. C'est ainsi que dans le cadre du Règlement de médiation de la Chambre de commerce internationale, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2014, les parties déposant une demande de médiation doivent joindre à cette demande le règlement d'un droit d'enregistrement non remboursable (art. 6-1), puis d'une ou plusieurs provisions destinées à couvrir les frais administratifs du Centre, ainsi que les honoraires et frais du médiateur (art. 6-3). En cas de non-paiement de ces provisions, le Centre peut suspendre la procédure soumise au Règlement ou y mettre fin (art. 6-4). Le Règlement précise en outre que tous les coûts fixés doivent

être supportés à parts égales par les parties, sauf si elles en sont convenues autrement par écrit. Toute partie a néanmoins la faculté de régler le solde impayé de ces provisions et coûts au cas où une autre partie ne paierait pas sa part.

Un appendice au Règlement dispose que :

« Le Centre peut fixer les honoraires du médiateur sur la base du temps raisonnablement consacré par ce dernier à la procédure. Ses honoraires se basent sur un taux horaire fixé par le Centre au moment de sa désignation ou dans sa confirmation, après consultation de ce dernier et des parties. Ce taux horaire est d'un montant raisonnable et tient compte de la complexité du différend et de toutes autres circonstances pertinentes.

Le Centre peut également fixer les honoraires du médiateur sur la base d'un forfait unique couvrant l'ensemble de la procédure plutôt que sur la base du taux horaire ».

S'agissant d'une médiation *ad hoc*, il appartient au médiateur de proposer aux parties, dès sa désignation, les conditions financières de son intervention. Le plus souvent, ces conditions figureront par écrit dans la convention de médiation.

4. Responsabilité du médiateur

a. Responsabilité civile du médiateur

De cette reconnaissance du « contrat de médiateur », on peut déduire que la violation par le médiateur de ses obligations contractuelles peut être sanctionnée par les règles ordinaires de la responsabilité contractuelle.

Tout médiateur qui, dans le cadre de sa mission, commet une faute génératrice d'un préjudice pour l'une ou l'autre des parties peut en effet voir sa responsabilité civile engagée. Cette mise en cause peut notamment intervenir dans les cas suivants :

- le médiateur a manqué à son obligation de confidentialité ;
- le médiateur a manqué à son devoir d'impartialité ;
- le médiateur a manqué de diligences dans la conduite de la médiation ou l'a retardée par son indisponibilité ;
- le médiateur a fourni des prestations excédant son mandat et sortant du cadre strict de la médiation ;
- le médiateur n'a pas attiré l'attention des parties sur un risque de nullité de leur accord ou sur ses conséquences financières.

Le médiateur peut être couvert pour ces risques par son assurance de responsabilité civile professionnelle, notamment s'il est avocat. Dans d'autres cas, il devra souscrire une police d'assurance spécifique pour garantir aux

parties la réparation du préjudice lié à une faute dans l'accomplissement de sa mission.

Là encore, bien que cette question n'ait pas été traitée par l'AUM, son importance est évidente.

En tout état de cause, la responsabilité du médiateur conduit à se reporter aux règles de déontologie propres à sa corporation professionnelle, ainsi qu'aux lois qui lui sont applicables.

Son contrat d'assurance de responsabilité professionnelle couvrira probablement les actes normalement posés dans l'exercice de la médiation accessoire à sa profession.

La tendance de certaines législations nationales est aujourd'hui, cependant, de garantir au médiateur l'immunité contre toute poursuite civile au même titre qu'un juge ou un arbitre.

Cette garantie permet de favoriser l'accès à la médiation tout en lui conservant des coûts très bas¹³.

b. Responsabilité pénale

Le médiateur pourrait engager sa responsabilité pénale, s'il commettait des faits répréhensibles dans l'accomplissement de sa mission. Il pourrait s'agir par exemple d'agissements frauduleux, de concert avec l'une des parties ou encore d'un manquement grave à son devoir impératif de confidentialité.

13. A. RUDLIN et K. L. FAGLIONI, "Mediator immunity promotes ADR access, keeps cost low and immunity imperils the public and mediator professionalism", *The National Law Journal*, avr. 1994 et R. NIES et RG GRINBERG, "The liability of mediator is unsettled", *The National Law Journal*, juin 1995.

Article 7. Conduite de la médiation

Les parties sont libres de convenir, y compris par référence à un règlement de médiation, de la manière dont la médiation doit être conduite. À défaut, le médiateur mène la médiation comme il l'estime approprié, compte tenu des circonstances de l'affaire, des souhaits exprimés par les parties et de la nécessité de parvenir rapidement à un règlement du différend.

Dans tous les cas, le médiateur accomplit sa mission avec diligence et accorde, dans la conduite de la médiation, un traitement équitable aux parties et, ce faisant, prend en compte les circonstances de l'affaire.

Le médiateur n'impose pas aux parties une solution au différend. Toutefois, il peut, à tout stade de la médiation, en fonction des demandes des parties et des techniques qu'il estime les plus appropriées au vu des circonstances du différend, faire des propositions en vue du règlement du différend.

Après consultation des parties, le médiateur peut inviter celles-ci à désigner un expert en vue de recueillir un avis technique.

1. Liberté du médiateur dans la conduite de sa mission

L'article 7 de l'Acte uniforme dispose que les parties sont libres de convenir de la manière dont la médiation doit être menée.

Si les parties ont fait référence à un Règlement de médiation, elles devront suivre les dispositions prévues par ce règlement, sauf à en avoir préalablement écarté certaines règles.

Si les parties n'ont prévu aucune règle, le médiateur procède comme il le juge approprié, compte tenu des demandes des parties et des circonstances, et notamment de la nécessité de parvenir rapidement à un accord.

Cette disposition s'inspire de l'article 6 de la loi type CNUDCI sur la conciliation commerciale. Elle souligne que les parties ont, avec le médiateur, toute liberté pour convenir de la manière dont la médiation doit être conduite.

2. Le choix du lieu de la médiation

Le choix du lieu où doit se dérouler la médiation est indifférent sur un plan juridique, mais important sur un plan pratique pour le succès de la médiation.

Dans le cadre d'une médiation, le lieu doit être neutre et discret. La première réunion de médiation est toujours très importante, car c'est normalement à cette occasion que les parties font réciproquement connaître leurs positions, ce qui permet au médiateur de mesurer l'écart entre celles-ci.

3. Le médiateur doit s'efforcer de traiter équitablement les parties

Dès l'engagement de la médiation, le médiateur doit faire respecter une égalité rigoureuse entre les parties. Le comportement du médiateur déterminera en effet le degré de confiance que lui accorderont les parties.

Cet alinéa 3 de l'article 7 doit être considéré comme énonçant une obligation élémentaire, une norme minimale à respecter impérativement par tout médiateur. L'exigence d'un traitement équitable est censée s'appliquer à la conduite de la procédure de médiation et non pas à son résultat, que peut être l'accord transactionnel. La notion de « traitement équitable » signifie aussi que le médiateur doit s'efforcer d'accorder aux différentes parties l'égalité de traitement, ce qui ne signifie pas toutefois qu'il doit consacrer le même temps aux réunions séparées avec chacune d'elles.

Le médiateur doit expliquer aux parties, dès la première réunion, qu'il prendra le temps voulu pour explorer toutes les questions, tous les intérêts, toutes les possibilités de règlement amiable, tant en leur présence qu'en leur absence.

4. Le contrat de médiation entre le médiateur et les parties

Dans le cadre de la désignation d'un médiateur *ad hoc*, il est fortement recommandé, tant aux parties qu'au médiateur de prévoir la signature d'un contrat de médiation.

Cette convention a pour objet de fixer le cadre de la procédure de médiation, et notamment, de confirmer l'accord des parties sur le choix du médiateur, de préciser le coût estimatif de son intervention et la durée de celle-ci.

À la différence du contrat « d'arbitre », dont le principe est discuté¹, le contrat de médiation sera le plus souvent proposé aux parties par le médiateur lui-même.

Dans son contenu, ce contrat détaillera le processus de médiation envisagé, le rôle du médiateur, l'organisation et l'agenda prévisionnel des entretiens

1. Voir É. LOQUIN, « L'énigme de la clause prévoyant que chacune des parties désignera un arbitre et que les deux arbitres ainsi désignés nommeront à leur tour le Président du tribunal arbitral », *Mélanges en l'honneur du Professeur Daigre*, p. 35 et s.; DELANOY, *Les mystères du contrat d'arbitre ex parte*, in *Mélanges en l'honneur de Pierre Meyer*, 2015 LGDJ, p. 186; *contra* T. CLAY, *Code de l'arbitrage commenté*, 2015, LexisNexis, CPC, art. 1468.

et réunions, ainsi que les honoraires du médiateur. En outre, ce contrat rappellera l'obligation de confidentialité pesant sur toutes les personnes appelées à intervenir dans la médiation.

Il s'agit aussi d'un contrat de confiance entre le médiateur et les parties, puisque sa finalité est de permettre à ces dernières de trouver un accord entre elles.

5. Contenu du contrat de médiation

Après la présentation des parties, le contrat de médiation comportera en préambule un bref rappel des éléments de leur différend. Il pourra être fait référence aux correspondances échangées, mais sans entrer dans leur détail.

Suivront des dispositions relatives à :

- la désignation du médiateur ;
- sa mission ;
- le lieu et la durée de la médiation ;
- la fin de la médiation ;
- la confidentialité ;
- les honoraires de médiation ;
- la loi applicable ;
- l'homologation éventuelle de l'accord de médiation ;
- la juridiction compétente en cas d'échec de la médiation (sauf si cette clause est déjà prévue dans les relations entre les parties).

6. Les mesures provisoires

Il se peut que pendant le déroulement de la procédure de médiation, des mesures provisoires apparaissent nécessaires. En matière d'arbitrage, l'arbitre investi d'un pouvoir juridictionnel peut lui-même, une fois saisi, prononcer des mesures provisoires ou conservatoires. Or cette faculté est totalement exclue chez le médiateur.

On peut donc supposer que la saisine de ce dernier, à la différence de celle de l'arbitre, ne devra pas empêcher une partie de s'adresser au juge compétent pour solliciter ces mesures provisoires.

7. L'entente préliminaire pour le règlement d'un des aspects du différend

Le médiateur peut suggérer, afin de répondre à des besoins urgents, que les parties solutionnent temporairement un élément du conflit, et ce sans avoir recours aux tribunaux. À l'opposé des procédures judiciaires et afin

d'atteindre les mêmes buts, l'élaboration d'une entente préliminaire est plus rapide, plus efficace et moins coûteuse. L'utilisation de l'entente préliminaire est flexible et il peut s'avérer que la solution finale soit complètement différente de cette dernière.

Aussi convient-il, lors de la rédaction d'une entente préliminaire, de préciser dans quel esprit les paramètres de solutions ont été fixés et quels éléments de l'entente peuvent être modifiés dans l'éventualité d'un projet final.

8. Le degré d'intervention du médiateur

L'article 7 alinéa 4 rappelle à juste titre que le médiateur n'impose pas aux parties une solution au différend. Il n'en a à l'évidence pas le pouvoir, mais il peut faire, à tout stade de la procédure de médiation, des propositions en vue du règlement du différend.

Il appartient au médiateur de comprendre la nature et des contours du conflit, souvent bien au-delà de la présentation qu'en font les parties

Il doit avant tout savoir écouter et faire parler. Le médiateur doit être un « *accoucheur des pensées et des intentions* »².

Il pourra cependant, avec prudence, livrer aux parties son sentiment sur la valeur de leurs positions afin, le cas échéant, de les convaincre un peu plus de l'avantage de parvenir à un accord amiable.

9. Une technique de médiation : la méthode de négociation raisonnée³

Cette méthode consiste à trancher le litige « sur le fond » plutôt qu'à discuter interminablement des concessions que les parties en présence sont prêtes à consentir et de celles qu'elles refusent.

Chaque fois que cela est possible, le médiateur s'attache à rechercher les avantages mutuels, et quand les intérêts sont manifestement opposés, il insiste pour que les questions soient tranchées au regard d'un ensemble de critères « justes », indépendants de la volonté des parties en présence.

Elle favorise l'honnêteté et la bonne foi des négociateurs, tout en les protégeant contre une éventuelle exploitation de cette honnêteté et de cette bonne foi par une partie déloyale.

2. Voir H. J. NOUGEIN, *Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale*, Litec 2004, n° 380, p. 230.

3. Cette technique a été mise au point par le Centre de recherches et d'enseignement de l'Université de Harvard. Elle est relatée notamment dans l'ouvrage : *Comment réussir une négociation*, de R. FISHER, W. URY et B. PATTON, Éd. du Seuil 2002.

Contrairement aux méthodes de négociation et de marchandage classiques, qualifiées de « négociation de position », la méthode de négociation raisonnée met l'accent sur l'enjeu de la négociation et tente de satisfaire les intérêts respectifs des parties en présence afin d'aboutir à un accord « judiciaire ».

Les participants en arrivent peu à peu à se décider en faveur de telle ou telle solution et à éviter les multiples transactions désagréables inhérentes à la méthode des positions.

La méthode de négociation raisonnée s'appuie sur 4 propositions :

1) Traiter séparément les questions de personnes et le différend.

Les participants sont là pour résoudre un différend. L'objectif est de conclure à l'amiable un accord judiciaire et efficace.

2) Se concentrer sur les intérêts en jeu et non sur les positions.

Il convient d'être doux à l'égard des hommes et dur à l'égard du différend. La confiance n'entre pas en ligne de compte.

3) Imaginer des solutions pour un bénéfice mutuel.

Il convient à cet effet d'étudier les intérêts et d'éviter d'avoir des exigences minimales.

4) Exiger l'utilisation de critères objectifs.

Il convient alors de mettre au point des solutions variées parmi lesquelles choisir en remettant toutefois la décision à plus tard. L'objectif étant d'obtenir un résultat fondé sur des critères indépendants de la volonté.

Une des constantes de la méthode objective consiste à garder l'esprit ouvert aux corrections et au raisonnement de la partie adverse.

10. Une obligation de moyens

L'obligation de négocier n'est qu'une obligation de moyens⁴.

Le médiateur doit chercher à comprendre et à déterminer où se situent les points de rencontre possibles entre les parties.

Le processus de médiation peut être arrêté à tout moment par une partie ou par les parties ou encore par le médiateur.

Sur ce point, tant l'Acte uniforme, que les Règlements de médiation s'accordent pour défendre l'autonomie de la volonté et le pouvoir d'appréciation du médiateur et des parties.

4. Voir X. LAGARDE : « L'efficacité des clauses de conciliation et de médiation », *Rev. arb.* 2000, 3, p. 377.

Dès lors, il est évident que l'inertie ou la mauvaise volonté de l'une des parties peut paralyser le jeu de la clause de médiation, notamment en refusant de participer à la nomination du médiateur.

11. La désignation d'un expert

Le dernier alinéa de l'article 7 prévoit que le médiateur peut inviter les parties à désigner un expert qui rendra un avis technique. Cette solution peut certes s'avérer utile, mais le risque est grand de voir la médiation perdre de son dynamisme au profit de ce renvoi à l'avis d'un expert. Au surplus, la durée accordée par la médiation est souvent très courte et donc incompatible avec une mission d'expertise.

Aussi, il est vraisemblable que le médiateur ne présentera cette proposition que si les parties en sont pleinement d'accord, et si elles y trouvent un avantage réciproque.

12. L'intervention d'un juge d'appui à la médiation ?

En cas de médiation institutionnelle, la question ne se posera pas dès lors que le Règlement du Centre prévoit la nomination du médiateur par le Centre lui-même. Mais, en dehors de ce cas, la saisine du juge ne pourra être envisagée utilement que si les parties ont inscrit cette possibilité dans leurs conventions de médiation.

Cela reviendra à permettre à une partie de solliciter le secours du juge statuant en référé, comme on peut le faire pour la mise en place d'un tribunal arbitral. La difficulté vient du fait que cette intervention du « juge d'appui » n'est ici nullement prévue par l'Acte uniforme, alors qu'elle l'est expressément en matière d'arbitrage (art. 6 de l'AUA). Il faut donc être conscient que si une partie, en l'absence de prévisions contractuelles, refuse absolument de participer à la tentative de médiation, le déroulement de celle-ci sera très difficile. Dans ce cas, il est évidemment moins utile qu'en matière d'arbitrage de forcer la volonté de la partie récalcitrante dans la mesure où le médiateur ne peut, en tout état de cause, imposer une solution aux parties.

13. Le rôle de l'avocat dans le processus de médiation

Loin d'être exclus du processus de médiation, les avocats des parties y tiennent un rôle important. L'avocat doit apporter son concours au client pour préparer son dossier de médiation en tenant compte notamment des objectifs économiques et financiers de son client. Il doit fournir à celui-ci une appréciation objective de ses chances de succès dans le contentieux et des

coûts qui devront être engagés, notamment si les parties se dirigent vers une procédure arbitrale. L'avocat peut ensuite aider son client à choisir un médiateur ou à saisir un centre de médiation.

Il est préférable que pendant la médiation elle-même, l'avocat laisse son client exprimer ses besoins directement en face du médiateur et de l'autre partie. Il retrouvera son rôle de conseil pendant les apartés en étudiant avec son client les solutions possibles. Au terme du processus de médiation, il rédigera avec l'avocat de l'autre partie le protocole d'accord, et si cela s'avère nécessaire, procédera à son homologation et suivra son exécution.

Article 8. Principes directeurs de la médiation

Le médiateur et toute institution établie dans l'un des États Parties offrant des services de médiation adhèrent aux principes garantissant le respect de la volonté des parties, l'intégrité morale, l'indépendance et l'impartialité du médiateur, la confidentialité et l'efficacité du processus de médiation. Le médiateur s'assure que la solution envisagée reflète réellement la volonté des parties dans le respect des règles d'ordre public.

1. Le médiateur contrôle le processus de médiation conformément aux principes garantissant le respect de la volonté des parties

Le médiateur est un tiers impartial qui doit favoriser et développer des stratégies de communication en s'inspirant des intérêts, des besoins et de la personnalité des parties. À ce titre, il doit s'assurer à tout moment que la volonté des parties soit respectée. « *Leur vérité sera sur quoi ils sont d'accord* »¹.

Les parties contrôlent pour leur part le contenu du processus et le résultat.

2. Le médiateur ne détient aucun pouvoir formel

Le médiateur doit avoir une très bonne connaissance du droit des affaires ; son expérience et sa compétence favoriseront un bon déroulement du processus.

Il est au cœur du processus, mais doit aussi s'en éloigner. Pour Madame M. Guillaume-Hofnung, la neutralité et l'impartialité, qu'on ne saurait assimiler ni à de l'indifférence ni à une totale absence d'affect, requièrent une grande faculté de distanciation du tiers².

L'objectif premier du médiateur doit être d'amener les parties à se restituer leur différend et à le résoudre.

Les parties, avec l'aide du médiateur, vont s'efforcer de trouver ensemble une solution amiable et de restaurer ainsi leurs liens affectés par le différend commercial.

Ainsi le travail du médiateur, même s'il ne résout pas lui-même le conflit, doit être de donner aux parties toutes les chances d'y parvenir. À cette fin,

1. Voir A. PRÉVOST : « L'avocat, le juge, le médiateur », *LPA*, 8 juill. 1998, n° 81, p. 19.

2. Voir M. GUILLAUME-HOFNUNG, *Que sais-je ? de la médiation*, *op. cit.*, p. 74.

le médiateur doit écouter et comprendre tous les intérêts en présence. Cette qualité d'écoute sera décisive dans le traitement des objections des parties³.

3. Le médiateur a une obligation de moyens pour aider les parties à trouver une solution

Le médiateur peut utiliser deux méthodes différentes : soit, l'audition séparée des parties puis la confrontation conjointe, soit la confrontation directe des parties.

Les entretiens préliminaires séparés permettent souvent de dépassionner le débat. Le médiateur va ensuite confronter les parties.

Ainsi le travail du médiateur, même s'il ne résout pas lui-même le conflit, doit être de donner aux parties toutes les chances d'y parvenir.

À cette fin, le médiateur doit écouter et comprendre tous les intérêts en présence. Cette qualité d'écoute sera décisive dans le traitement des objections.

4. Le médiateur doit s'assurer que l'entente finale ne va pas à l'encontre de la volonté des parties ni de l'ordre public

Il doit veiller à ce que les solutions retenues par les parties soient équitables et logiques.

Il est évident que les parties ne peuvent modifier ni le champ matériel d'application de l'Acte uniforme, en étendant celui-ci par exemple à des litiges d'ordre délictuel ou quasi délictuel, ni encore ses effets, tels que l'autorité de la chose jugée entre les parties qui résulte de l'accord transactionnel, ou encore la procédure d'homologation.

Dans le même ordre d'idée, la solution finale décidée par les parties ne peut aller à l'encontre des règles d'ordre public.

Toutes ces limites à la liberté contractuelle sont classiques.

Ces dispositions sont conformes aux termes de l'article 3 de la loi type CNUDCI : « *Les parties peuvent convenir d'écarter ou de modifier l'une quelconque des dispositions de la présente loi, à l'exception des dispositions de l'article 2 et de l'article 6 §3* ».

5. Loyauté contractuelle des parties

Il est clair que les parties n'ont aucune obligation de parvenir à une issue négociée du litige. Elles doivent toutefois concourir à la mise en place du

3. Voir I. VAUGON, « La médiation commerciale, une alternative au système judiciaire », *JADA*, 2011, p. 8.

processus et sans doute, au-delà, venir à l'invitation qu'il leur sera faite par le médiateur de le rencontrer.

Certes, cette obligation de participer au processus de la médiation contractuellement envisagé entre dans le cadre de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil, lorsque celui-ci est applicable, mais elle n'appelle en cas de défaut, aucune sanction.

La loyauté contractuelle impose seulement aux parties de respecter l'esprit qui a conduit à leurs engagements.

Article 9. Échanges entre le médiateur et les parties

Le médiateur peut rencontrer les parties ou communiquer avec elles ensemble ou séparément. Lorsque le médiateur souhaite rencontrer ou s'entretenir avec l'une des parties et/ou son conseil séparément, il en informe l'autre partie et/ou son conseil au préalable ou dès que possible après sa rencontre ou communication unilatérale avec l'une des parties.

Lorsque le médiateur reçoit d'une partie des informations concernant le différend, il peut en révéler la teneur à toute autre partie à la médiation. Toutefois, lorsqu'une partie donne au médiateur une information sous la condition expresse qu'elle demeure confidentielle, celle-ci ne doit être révélée à aucune autre partie à la médiation.

1. Le pouvoir de conduite des pourparlers

Le pouvoir de conduite des pourparlers conféré au médiateur n'est pas absolu. Il est tenu de préserver l'équilibre entre les parties, c'est-à-dire de veiller à ce qu'elles puissent présenter leurs attentes et leur position dans une totale égalité.

L'autorité du médiateur doit cependant lui permettre, à défaut d'imposer, de proposer, voire de suggérer les modalités d'organisation des discussions. L'article 9 de l'Acte uniforme lui permet ainsi d'entendre séparément les parties (procédé interdit par la justice étatique, mais unanimement admis en médiation) ; il lui appartient de créer un climat de confiance et d'équité dans ses échanges avec les parties.

2. Le caucus

Le processus de médiation n'étant ni un arbitrage ni un processus judiciaire, le médiateur peut rencontrer les parties individuellement, de façon privée, avant ou durant les séances de médiation, tout en conservant son impartialité. Ce processus effectué au cours des séances de médiation est généralement désigné sous le nom de « caucus ».

Il peut arriver, notamment au début de la médiation, que les parties ne soient pas confortables pour discuter de leurs vrais intérêts devant l'autre partie. Le caucus offrira ainsi au médiateur l'occasion de recueillir certaines informations sensibles, de vérifier certains intérêts et d'explorer les différentes options qui lui permettront de faire ressortir les besoins et les

intérêts, et éventuellement de faire des suggestions qui pourraient faire avancer les négociations.

Ce moyen propre à la médiation est un puissant instrument qui ne connaît pas d'équivalent dans d'autres systèmes de règlement des litiges. Il appartient naturellement au médiateur d'en faire un usage judicieux, et de maintenir un traitement équitable entre les parties pour garantir parfaitement sa neutralité.

3. Confidentialité des informations

Les informations communiquées au médiateur en caucus ont en principe un caractère confidentiel, sauf si la partie auteur de ces informations accepte que le médiateur les dévoile à l'autre partie. Il semble toutefois que l'Acte uniforme ait adopté une position opposée à ce principe. L'article 9 dispose en effet que lorsque le médiateur reçoit d'une des parties des informations concernant le différend, il peut en révéler la teneur à l'autre partie, sauf si la partie donne au médiateur cette information sous la condition expresse qu'elle demeure confidentielle.

Cette présentation « inversée » du principe et de son exception dans l'Acte uniforme sur la médiation risquant de causer quelques difficultés, surtout au médiateur, il appartiendra à celui-ci de bien faire préciser la règle dans son acte de mission voire, pour éviter d'engager sa responsabilité, d'obtenir par écrit, de la partie déclarante, une autorisation de communication de l'information à l'autre partie.

Article 10. Confidentialité

Toutes les informations relatives à la procédure de médiation doivent demeurer confidentielles, sauf convention contraire des parties, à moins que leur divulgation soit exigée par la loi ou rendue nécessaire pour la mise en œuvre ou l'exécution de l'accord issu de la médiation.

1. La confidentialité, règle d'or de la médiation

La confidentialité constitue à l'évidence la règle d'or de la médiation.

En énonçant à l'article 10 que toutes les informations relatives à la médiation doivent rester confidentielles, l'Acte uniforme s'inspire directement de l'article 9 de la loi type CNUDCI.

La médiation est fondée sur la confiance et, pour réussir, chaque partie doit bénéficier d'une totale liberté de parole et de négociation sans craindre d'être engagée à l'exécution d'une obligation, tant que la signature d'un protocole d'accord n'est pas intervenue.

La confidentialité renforce la liberté d'expression des parties et leur permet de négocier des solutions créatrices purgeant définitivement tous les aspects du litige¹.

Le secret absolu du contenu des échanges s'impose tout autant sinon plus que dans la médiation conventionnelle, car celle-ci se déroule en dehors de tout contrôle judiciaire.

Il est la condition sans laquelle aucune médiation ne serait possible, puisque tous les propos tenus ou toutes les propositions faites par l'une des parties pourraient, en cas d'échec, lui être opposés dans le cadre d'une procédure.

2. Personnes tenues par la confidentialité

Le principe de confidentialité concerne tant les parties que le médiateur, mais encore toute personne participant à la procédure de médiation. Il vise à la fois l'interdiction de révéler toute information communiquée ou découverte à l'occasion de la médiation, et l'impossibilité d'en faire état, non seulement dans une procédure judiciaire ou arbitrale, mais aussi par quelque support et à quelque titre que ce soit.

1. Voir F. VAN DER VLEUGEL, *Affiches Parisiennes* n° 62, 27 mai 2011.

Ce mutisme, auquel sont soumis médiateurs, parties et personnes participant à la médiation est absolu. En pratique, le succès de la médiation tient en effet à la certitude que doivent avoir les parties que les informations dévoilées au tiers médiateur le sont en toute sécurité².

3. La divulgation exigée par la loi, première exception au principe de confidentialité

Si l'Acte uniforme pose ce principe de confidentialité, on peut constater également qu'il énonce deux exceptions, dont le fait que cette divulgation pourrait être exigée par la loi.

Cette exception peut se révéler particulièrement dangereuse, à la fois parce que le premier membre de la première phrase de l'article 10 vise « toutes les informations », mais aussi par ce que la référence à la loi n'est pas cantonnée aux dispositions d'ordre public, mais s'étend de façon générale à toute intervention législative.

C'est ainsi que toute la nature des discussions, les motifs de l'accord éventuel, voire du défaut d'accord, peuvent être révélés si la loi en fait obligation.

On comprendra notamment que, s'agissant de médiation commerciale, des informations relatives aux difficultés financières d'une société, à sa situation fiscale, ou encore à des accords commerciaux, que les parties souhaitent conserver confidentielles peuvent se trouver ainsi devoir être révélées dès lors qu'ils enfreignent une quelconque disposition législative.

Il est évident que le législateur Ohada aurait dû limiter cette exception à des raisons impérieuses d'ordre public, plutôt que d'exposer les parties, mais aussi le médiateur au risque de devoir révéler à une autorité, tel par exemple un juge d'instruction, des informations échangées au cours de la médiation, échanges que les participants pouvaient croire couverts par la confidentialité.

4. La mise en œuvre ou l'exécution de l'accord, seconde exception au principe de confidentialité

Toutes les informations relatives à la médiation sont-elles nécessaires à la mise en œuvre ou à l'exécution de l'accord? Assurément, une réponse négative s'impose.

Le procès-verbal d'accord ou le protocole d'accord doivent se suffire à eux-mêmes pour leur exécution, sans qu'il soit besoin de faire référence aux discussions et informations échangées pour y parvenir.

2. Voir X. LAGARDE: «Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges», *Rev. arb.* 2001, 3, p. 423.

On peut regretter que ces exceptions, telles que rédigées, vident le texte de l'article 10 de toute la protection qu'il était censé apporter aux parties à la médiation. Il est en effet fondamental que les parties puissent s'exprimer au cours du processus de médiation, sans crainte de voir leurs dires exploités en dehors de celui-ci.

5. Sanctions de la violation de la confidentialité

Aucune sanction particulière n'est prévue par l'Acte uniforme en cas de violation de ce principe de confidentialité.

Les parties qui s'estiment victimes de cette violation devront donc utiliser les voies de droit commun de la responsabilité civile. Aussi, est-il vivement conseillé au professionnel non avocat, qui prendra en charge des affaires en qualité de médiateur, de souscrire une assurance de responsabilité. Les avocats médiateurs sont généralement couverts par l'assurance professionnelle contractée au titre de leur activité principale.

Article 11. Recevabilité des éléments de preuve dans une autre procédure

Une partie à la procédure de médiation, le médiateur et toute tierce personne, y compris celles qui ont été associées à l'administration de la procédure de médiation, ne peuvent, dans une procédure arbitrale ou judiciaire ou dans une procédure analogue ni évoquer ni présenter l'un ou l'autre des éléments de preuve ci-après ni témoigner à leur sujet :

- a) une invitation à la médiation adressée par une partie ou le fait qu'une partie était disposée à participer à une procédure de médiation, sauf lorsqu'une partie doit prouver l'existence d'un accord ou de l'envoi d'une invitation pour engager le processus de médiation en relation avec l'article 4 du présent Acte uniforme ;
- b) les vues exprimées ou les suggestions faites par une partie au cours de la médiation concernant une solution éventuelle de règlement du différend ;
- c) les déclarations faites ou les faits admis par une partie au cours de la procédure de médiation ;
- d) les propositions faites par le médiateur ou par l'une des parties ;
- e) le fait qu'une partie a indiqué être disposée à accepter une proposition de règlement présentée par le médiateur ou par l'autre partie ;
- f) un document établi aux seules fins de la procédure de médiation.

L'alinéa 1 du présent article s'applique, quel que soit le support ou la forme des informations ou des éléments de preuve qui s'y trouvent visés.

La divulgation des informations visées à l'alinéa 1 du présent article ne peut être ordonnée par un tribunal arbitral, une juridiction étatique ou une autre autorité publique compétente.

Si de telles informations sont présentées comme éléments de preuve en violation des dispositions de l'alinéa 1 du présent article, ceux-ci sont irrecevables. Néanmoins, ces informations peuvent être divulguées ou reçues comme éléments de preuve dans la mesure exigée par la loi ou nécessaire à la mise en œuvre ou à l'exécution de l'accord issu de la médiation.

Les dispositions des alinéas 1, 2 et 3 du présent article s'appliquent, que la procédure arbitrale ou judiciaire ou toute procédure analogue se rapporte ou non au différend qui fait ou a fait l'objet de la procédure de médiation.

L'obligation de confidentialité ne s'étend pas aux éléments de preuve préexistants à la procédure de médiation ou constitués en dehors de toute relation avec celle-ci.

1. L'interdiction de faire état de la procédure de médiation, application directe du principe de confidentialité

La confidentialité suppose que les constatations du médiateur et les déclarations qu'il recueille ne peuvent être ni produites ni invoquées dans une autre procédure judiciaire ou arbitrale. Ce principe de confidentialité s'impose non seulement au médiateur, mais également aux parties elles-mêmes. Les dispositions de l'article 11 visent toutes les informations communiquées ou reçues au cours de cette procédure, quel que soit la forme ou le support de ces informations.

2. La dérogation au principe de confidentialité

L'article 11 admet que lorsqu'une partie doit prouver l'existence d'un accord ou l'envoi d'une invitation pour engager le processus de médiation tel que prévu par l'article 4 (début de la procédure de médiation), il soit fait exception au principe de confidentialité, dès lors que la production de cette preuve est rendue nécessaire dans le cadre de la procédure arbitrale ou judiciaire ou dans une procédure analogue.

Le champ d'application de l'article 11 est vaste. Notons cependant qu'il n'a pas été prévu d'exception dans l'hypothèse où la partie qui communique une information autorise expressément le médiateur ou l'autre partie à en faire état.

Cette omission est regrettable alors que par ailleurs l'article 10 l'admet comme exception au principe de confidentialité.

Article 12. Fin de la procédure de médiation

La procédure de médiation prend fin par :

- a) la conclusion d'un accord écrit, issu de la médiation, signé par les parties et, si celles-ci en font la demande, par le médiateur ;
- b) la déclaration écrite du médiateur indiquant, après consultation des parties, que de nouveaux efforts de médiation ne se justifient plus, à la date de la déclaration, ou lorsqu'une des parties ne participe plus aux réunions de médiation malgré des relances du médiateur ;
- c) la déclaration écrite des parties adressée au médiateur indiquant qu'elles mettent fin à la procédure de médiation, à la date de la déclaration ;
- d) la déclaration écrite d'une partie adressée à l'autre partie ou aux autres parties et, si un médiateur a été nommé, au médiateur, indiquant qu'il est mis fin à la procédure de médiation, à la date de la réception ; ou
- e) l'expiration du délai de médiation sauf si les parties décident conjointement de prolonger ce délai en accord avec le médiateur.

La partie qui entend se prévaloir de la fin de la médiation est tenue d'en apporter la preuve ; elle peut le faire par tout moyen.

Lorsque la médiation ordonnée par le juge ou par l'arbitre prend fin sans que les parties ne parviennent à un accord, la procédure judiciaire ou arbitrale reprend son cours normal.

Lorsqu'une telle procédure de médiation prend fin par accord amiable des parties, le juge ou l'arbitre constate cet accord, qui peut faire l'objet d'exécution conformément à l'article 16 du présent Acte uniforme.

1. La durée de la médiation

Là encore, il appartient aux parties de fixer, soit dans leur accord initial, soit dans le contrat de médiation, soit encore à tout moment avant le début de la médiation, la durée qu'elles entendent donner à celle-ci.

L'Acte uniforme s'abstient de fixer toute durée, et plus encore, n'aborde pas ce sujet.

Le principe de libre fixation du délai est repris par les Règlements CAMC et CCI.

A contrario, le règlement du CAMEC fixe ce délai à 45 jours, celui du CAMC à 2 mois et celui de la CACI à 3 mois.

Par ailleurs, l'article 7 du Règlement de médiation de la CACI exige un avis motivé du médiateur pour autoriser la continuation des négociations au-delà de 5 mois.

Excepté l'article 14 du Règlement CAMC-O qui fait courir le délai à compter de la première réunion organisée par son Secrétaire, les Règlements retiennent pour point de départ de la médiation, la date de désignation du médiateur.

2. Interdiction de saisir le tribunal ou l'arbitre avant l'issue de la médiation

Rappelons que l'article 8-1 de l'Acte uniforme révisé sur l'arbitrage dispose que le tribunal arbitral ou judiciaire doit sursoir à statuer pendant un délai qu'il estime convenable afin de permettre à la partie la plus diligente de mettre en œuvre cette étape de médiation. Si cette étape préalable a été engagée, il appartient au tribunal arbitral de constater le cas échéant l'échec de la médiation avant de reprendre le processus arbitral.

Cette solution impose donc au juge ou au tribunal arbitral de prendre acte de la réalisation de l'une des différentes hypothèses de fin de la médiation, telles qu'énumérées par l'article 11 de l'AUM ci-dessus.

3. Précautions à prendre pour valider cette solution

Cette solution ne peut s'appliquer que si les parties ont pris la précaution dans la rédaction de leur clause, de formaliser le recours à la médiation. Il convient en effet de rédiger cette clause de manière très précise, de telle sorte que son caractère contraignant apparaisse clairement ; le préalable de médiation ne pouvant résulter que d'une stipulation contractuelle claire et précise.

Aussi des clauses telles que « *les parties s'engagent avant toute demande en justice à chercher une solution amiable* », n'auront qu'une valeur symbolique et il sera le plus souvent facile à une partie de démontrer qu'elle a fait un effort, même ponctuel, en ce sens.

4. Date du retour à la liberté procédurale

En cas d'échec du processus de médiation, il convient de déterminer le moment précis où les parties retrouvent leur liberté procédurale et peuvent (de nouveau) saisir le juge ou l'arbitre.

Au regard des cinq cas énumérés par l'article 12, on peut considérer qu'il s'agit :

- de la date de l'accord écrit issu de la médiation signée par les parties ;
- de la date de la déclaration écrite du médiateur indiquant la fin de la médiation ;
- de la date de la déclaration écrite des parties adressée au médiateur indiquant qu'elles mettent fin à la procédure de médiation ;
- de la date de la réception de la déclaration écrite d'une partie à l'autre partie et au médiateur indiquant qu'elle se retire de la médiation ;
- de l'expiration du délai de médiation.

La partie qui veut reprendre la procédure doit, en effet, rapporter la preuve de la fin de la procédure par tous moyens, précise l'article 12.

Les rédacteurs de l'article 12 paraissent avoir évité l'écueil du procès-verbal de non-conciliation. On constate en effet que dans la pratique, la signature de ce procès-verbal, qui témoigne de l'échec du processus de médiation, se heurte le plus souvent au refus de l'une des parties.

5. Reprise du délai de prescription

C'est la date à laquelle la médiation prend fin qui constitue le point de départ de la reprise du délai de prescription.

Rappelons en effet que dans le cadre de l'AUDCG, le législateur Ohada traite notamment des hypothèses de l'arrêt du cours de la prescription, en appliquant le principe selon lequel la prescription ne court pas à l'égard du titulaire du droit d'agir, lorsque celui-ci est privé de l'exercice de ses droits.

L'article 21 de l'AUDCG précise ainsi que l'empêchement susceptible de provoquer la suspension de la prescription résulte soit de la loi, soit de la force majeure, soit de la convention des parties.

En présence d'une médiation, le délai de prescription qui se trouve suspendu à compter du jour de la première réunion de médiation recommence à courir pour une durée qui ne peut être inférieure à 6 mois, à compter de la date à laquelle soit l'une des parties ou les deux, soit le médiateur ou le conciliateur déclarent que la médiation ou la conciliation est terminée.

L'importance de la fixation de cette date de fin de médiation apparaît donc évidente.

Article 13. Frais de la médiation

Les parties déterminent, soit directement, soit par référence à un règlement de médiation, les frais de la médiation, y compris les honoraires du médiateur.

En cas de médiation judiciaire, la juridiction étatique saisie, qui désigne un médiateur, fixe les frais en accord avec les parties et ordonne la consignation des provisions entre les mains du greffier en chef de la juridiction ou de l'organe compétent de l'État Partie. Si une partie ne verse pas sa quote-part des frais fixés, il est permis à l'autre partie de la verser afin que la médiation puisse être mise en œuvre. À défaut de consignation dans le délai fixé par le juge, sa décision est non avenue et la procédure judiciaire reprend son cours.

Lorsque la juridiction étatique désigne une institution de médiation, elle renvoie les parties à se conformer au barème de cette institution.

Les frais de la médiation sont supportés par les parties à parts égales, sauf convention contraire.

1. Un coût maîtrisé

Le coût d'une médiation est en général moins élevé que celui d'un arbitrage, ce qui constitue un argument supplémentaire pour privilégier dans certains cas la recherche d'une solution amiable et négociée du litige.

Ainsi, pour Madame Isabelle Vaugon, les parties maîtrisent le coût du processus dont il est également démontré qu'il serait entre 50 % et 60 % moins important que le coût consacré à une résolution judiciaire des litiges¹.

La médiation apparaît donc comme une procédure relativement économique, comparée notamment à l'arbitrage. Plusieurs raisons expliquent cette appréciation. D'une part, le médiateur officie généralement seul, ce qui est rarement le cas dans l'arbitrage où l'habitude est de constituer un tribunal de trois membres. D'autre part, la médiation est par nature une procédure rapide, qui aboutit ou échoue dans un délai assez bref. En outre, le médiateur n'a pas à diligenter une procédure, à rédiger des ordonnances puis une sentence comme le fait l'arbitre.

1. Voir I. VAUGON, « La médiation commerciale : une alternative au système judiciaire », *JADA* 2011-1.

Dans ces conditions, même si la notoriété et la qualité de tel ou tel médiateur justifient qu'il soit rémunéré sur une base élevée, le coût final sera toujours très inférieur à celui d'un arbitrage.

Ce coût est par ailleurs le plus souvent forfaitisé, et réparti entre une provision initiale et un honoraire complémentaire en cas de succès de la médiation.

2. La détermination du montant des frais

La détermination des frais de la médiation par les parties, tel que prévu à l'article 13 alinéa 1, ne pose pas en soi même de difficulté. Ces frais consisteront généralement dans la location d'une ou plusieurs salles de réunion, ainsi que, le cas échéant, les frais d'assistance d'un traducteur ou encore d'un secrétariat.

Les parties peuvent également faire référence au barème généralement annexé au Règlement de médiation pour la détermination de ces frais, sans pour autant recourir aux services du centre de médiation correspondant.

3. La détermination des honoraires dans la médiation conventionnelle *ad hoc*

Dans la médiation *ad hoc*, le médiateur est choisi directement par les parties. La médiation est organisée par celles-ci et le médiateur ; le montant des honoraires résulte de leur accord préalable ou ultérieur.

En pratique, le médiateur propose aux parties l'application d'un certain taux horaire ou la perception d'une somme forfaitaire, le tout éventuellement modulé par un intéressement par rapport au résultat obtenu. Le montant de ces honoraires ou le mode de calcul doit être clairement défini dès l'ouverture de la médiation, et ce généralement dans la convention de médiation, de telle sorte à éviter tout malentendu².

4. La détermination des honoraires dans la médiation conventionnelle institutionnelle

Lorsque la procédure est organisée par un centre de médiation ou une institution analogue, les honoraires du médiateur sont généralement fixés dans un barème de rémunération, porté à la connaissance des parties. Ces barèmes prévoient parfois que l'honoraire sera calculé par tranche et pourcentage dégressif en fonction du montant des intérêts financiers en jeu. Ils peuvent également être calculés au temps passé avec un taux

2. Voir *supra* pour le contenu d'un contrat de médiation, sous art. 7, n° 5.

horaire variant en fonction de la complexité du litige et la personnalité du médiateur.

Dans tous les cas, la référence dans une clause de médiation préalable à une institution spécialisée emporte, tant pour les parties que pour le médiateur, obligation d'appliquer le barème prévu. Ce système garantit une grande transparence dans le coût de la médiation et permet une appréciation préalable assez juste de celui-ci.

5. Un exemple : la détermination des frais et honoraires dans le cadre du Règlement CCI

Dans le cadre du Règlement de médiation de la Chambre de commerce internationale, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2014, les parties déposant une demande de médiation doivent joindre à cette demande le règlement d'un droit d'enregistrement non remboursable (art. 6-1), puis d'une ou plusieurs provisions destinées à couvrir les frais administratifs du Centre ainsi que les honoraires et frais du médiateur (art. 6-3).

En cas de non-paiement de ces provisions, le Centre peut suspendre la procédure soumise au Règlement ou y mettre fin (art. 6-4). Le Règlement précise en outre que tous les coûts fixés doivent être supportés à parts égales par les parties, sauf si elles en sont convenues autrement par écrit. Toute partie a néanmoins la faculté de régler le solde impayé de ces provisions et coûts, au cas où une autre partie ne paierait pas sa part.

Un Appendice au Règlement dispose que : « *Le Centre peut fixer les honoraires du médiateur sur la base du temps raisonnablement consacré par ce dernier à la procédure. Ses honoraires se basent sur un taux horaire fixé par le Centre au moment de sa désignation ou dans sa confirmation, après consultation de ce dernier et des parties. Ce taux horaire est d'un montant raisonnable et tient compte de la complexité du différend et de toutes autres circonstances pertinentes.*

Le Centre peut également fixer les honoraires du médiateur sur la base d'un forfait unique couvrant l'ensemble de la procédure plutôt que sur la base du taux horaire ».

6. La répartition de la charge des frais et honoraires

Ainsi que le rappelle l'alinéa 4 de l'article 13, les frais et honoraires de médiation sont supportés par les parties à charge égale, sauf convention contraire *entre elles*.

Toutefois, une difficulté peut surgir si l'une des parties ne verse pas la provision qu'elle s'était engagée à payer, ou ne règle pas sa part du solde des frais.

L'article 13 prévoit cette hypothèse à son alinéa 2, mais seulement en cas de médiation judiciaire : « *si une partie ne verse pas sa quote-part des frais fixés, il est permis à l'autre partie de la verser afin que la médiation puisse être mise en œuvre* ». Très curieusement cette hypothèse n'est pas reprise en cas de médiation conventionnelle *ad hoc*, non plus qu'en cas de référence à une institution de médiation.

En pratique, la plupart des Règlements des institutions de médiation prévoient également cette possibilité de règlement de la provision par substitution de l'une des parties à l'autre, et celles-ci devront s'y conformer.

7. Précaution à prendre pour la répartition des frais et honoraires dans le cadre d'une médiation conventionnelle *ad hoc*

Mais qu'en est-il en cas de médiation conventionnelle *ad hoc*?

Faute de prévision par l'article 13 de l'AUM, les parties devront veiller à introduire une clause de substitution dans la convention de médiation de telle sorte que le processus de médiation ne se trouve pas suspendu faute de provision.

Le défaut de versement de la provision par l'une des parties peut néanmoins constituer un mauvais signe pour la suite de la médiation.

Cette appréciation doit toutefois être atténuée s'agissant d'une procédure de médiation engagée avec un État ou une institution publique, les délais d'ordonnancement et de paiement de la personne publique sont souvent extrêmement longs et incompatibles avec les délais prévus initialement pour un processus de médiation classique.

Aussi, cette clause de substitution peut s'avérer extrêmement utile dans une telle hypothèse pour mettre en œuvre le processus et le faire aboutir, nonobstant le défaut de versement de la provision par la partie étatique.

Article 14. Incompatibilités

Sauf convention contraire des parties, le médiateur ne peut assumer les fonctions d'arbitre ou d'expert dans un différend qui a fait ou qui fait l'objet de la procédure de médiation ou dans un autre différend né du même rapport juridique ou lié à celui-ci.

Le médiateur ne peut assumer les fonctions de conseil dans un différend qui a fait ou qui fait l'objet de la procédure de médiation, ou dans un autre différend né du même rapport juridique ou lié à celui-ci.

1. Incompatibilité entre les missions de médiateur et d'arbitre dans un même différend

Il est de principe que nul ne peut être, dans le cadre du même litige, à la fois médiateur et arbitre ou juge, ni devenir arbitre ou juge dans un litige dans lequel il était auparavant médiateur ou dans un autre litige né du même rapport contractuel ou juridique ou lié à ce rapport¹.

Une disposition de ce type est notamment prévue par l'article 12 de la loi type CNUDCI.

Cette disposition s'applique non seulement à « *un litige qui fait ou qui a fait l'objet de la procédure de médiation* », mais aussi à « *un autre litige né du même rapport contractuel ou juridique ou lié à ce rapport* ». Autrement dit, la solution s'applique d'une part, à une médiation en cours et à une médiation passée et, d'autre part, aux différends nés du contrat qui sont distincts, mais qui sur le plan commercial ou sur celui des faits sont étroitement liés à la médiation.

Ce débat, dans lequel l'AUM, avec raison, n'a pas voulu entrer, n'est en effet qu'une hypothèse de mise en œuvre des principes d'indépendance et d'impartialité auxquels le médiateur doit s'engager dans sa déclaration d'acceptation. Il est certain, en effet, que s'il avait connu l'affaire dont s'agit en qualité d'arbitre unique ou membre d'un tribunal arbitral, il ne pourrait plus faire état de son impartialité.

2. Incompatibilité entre médiateur et conseil

En corollaire de l'alinéa 1^{er}, l'article 14 alinéa 2 de l'Acte uniforme sur la médiation déclare incompatible les fonctions de médiateur et de conseil.

1. Voir C. KESSEDJIAN, *Droit du commerce international*, PUF, 1^{re} éd., n° 955, p. 455-456.

Tout comme pour l'arbitre ou l'expert, cette incompatibilité est limitée au différend qui a fait ou fait l'objet de la procédure de médiation ou à tout autre différend né du même rapport juridique ou lié à celui-ci.

Il s'agit donc là encore d'une incompatibilité limitée qui vise à préserver tout conflit d'intérêts, mais aussi à protéger l'indépendance du médiateur dans l'exercice de sa mission.

Article 15. Recours à une procédure arbitrale ou judiciaire

Lorsque les parties sont convenues de recourir à la médiation et se sont expressément engagées à n'entamer, pendant une période spécifiée ou jusqu'à la survenance d'un événement spécifié, aucune procédure arbitrale ou judiciaire relative à un différend déjà né ou qui pourrait naître ultérieurement, il est donné effet à cet engagement par le tribunal arbitral ou la juridiction étatique jusqu'à ce que les conditions dont il s'accompagne aient été satisfaites.

Les dispositions de l'alinéa précédent ne sont pas applicables lorsqu'une partie estime nécessaire d'engager, à des fins provisoires et conservatoires, une procédure pour la sauvegarde de ses droits. L'engagement d'une telle procédure ne doit pas être considéré en soi comme une renonciation à la convention de médiation ni comme mettant fin à la procédure de médiation.

1. Le principe du caractère obligatoire de la clause de médiation préalable

a. Harmonisation avec l'Acte uniforme révisé relatif au droit de l'arbitrage

Il convient au préalable d'observer que l'article 15 qui prévoit les conditions et les effets du recours préalable à une médiation a pour corollaire le nouvel article 8-1 de l'Acte uniforme révisé relatif au droit de l'arbitrage.

En effet, l'article 8 de l'AUA dispose : « *En présence d'une convention imposant aux parties de suivre une étape de résolution du différend préalable à l'arbitrage, le tribunal sursoit à statuer pendant un délai qu'il estime convenable, afin de permettre à la partie la plus diligente de mettre en œuvre cette étape.* »

Si l'étape préalable n'a pas été engagée, le tribunal arbitral suspend la procédure arbitrale pendant un délai qu'il estime convenable, afin de permettre à la partie la plus diligente de mettre en œuvre cette étape.

Cette harmonisation était nécessaire, afin qu'aucun doute ne subsiste sur l'articulation entre une convention de médiation et une clause arbitrale ou encore une clause attributive de juridiction.

b. Le recours préalable et obligatoire à une procédure de médiation

L'article 15 de l'AUM prévoit que le recours préalable à la médiation est obligatoire si les parties l'ont prévu comme tel. À l'opposé, lorsque la résolution amiable du conflit apparaît comme une simple faculté, elle peut être

facilement écartée par l'une des parties et la saisine immédiate d'un juge ou d'un tribunal arbitral deviendra parfaitement possible.

Pour que cette clause de médiation préalable ait un caractère obligatoire, son caractère impératif doit donc être expressément stipulé.

En effet, la solution ne s'appliquera que très difficilement dans le cas où la clause de médiation préalable ne prévoit pas l'intervention d'un tiers, et se contente de préconiser la recherche par les parties d'une solution amiable, l'obligation des parties se limitant alors à celle de négocier de bonne foi.

De clauses telles que « *les parties s'engagent avant toute demande en justice à rechercher une solution amiable* » risquent fort d'être purement symboliques, et de valoir comme un simple rappel du caractère souhaitable d'une solution amiable.

c. Les clauses de résolution des litiges à plusieurs étapes

Ces clauses de résolution des litiges à plusieurs étapes, également dénommées « *multi-step clauses* », sont fréquentes dans les contrats internationaux.

Les parties tentent tout d'abord de trouver un accord par voie de négociation directe ; si cette négociation échoue, une procédure de médiation suivra ; si la médiation échoue, elles pourront alors avoir recours à l'arbitrage ou aux tribunaux.

d. De l'importance d'une bonne rédaction de cette clause

Les tribunaux arbitraux considèrent généralement que pour que la phase de conciliation soit un préalable obligatoire à toute instance contentieuse, son caractère impératif doit être expressément stipulé.

Cette position a été confirmée par la jurisprudence arbitrale dans la sentence partielle CCI de 1985 relative à l'affaire 4320. Les arbitres ont considéré que pour que la phase de conciliation précède l'instance arbitrale, il convenait que son caractère impératif soit expressément prévu.

En conséquence, lorsque l'accord des parties révèle cette ferme intention de solliciter un tiers médiateur avant toute procédure arbitrale, le non-respect de cette condition constitue un obstacle à l'engagement ou la poursuite de l'action devant les arbitres.

Toutefois, certains auteurs ont adopté sur ce point une position intermédiaire, en préconisant un sursis à statuer ou la possibilité pour le juge de nommer un médiateur judiciaire même contre le gré de la partie récalcitrante¹.

1. Voir X. LAGARDE, « L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation », *Rev. arb.* 2000, 3, p. 377 ; S. GUINCHARD, *Droit et pratique de procédure*, Dalloz action 2002-2003, n° 2033.

e. Proposition de clause de médiation préalable en droit Ohada

Les parties qui souhaitent s'engager à recourir à une procédure de médiation préalable doivent rédiger la clause de médiation avec soin, pour lui donner tous les effets souhaités.

Sa rédaction peut varier, mais le modèle suivant pourrait être proposé :

« Les parties s'engagent en cas de différend résultant du présent contrat ou s'y rapportant à soumettre celui-ci à une procédure préalable de médiation. Le médiateur désigné d'un commun accord par les parties, conformément à l'Acte uniforme Ohada sur la médiation, disposera d'un délai de ... mois pour aider les parties à trouver un accord.

Ce n'est que si le différend n'a pas été réglé dans le cadre de cette médiation dans un délai de ... suivant le dépôt de la demande de médiation ou de tout autre délai dont les parties auraient convenu, que celui-ci pourra être soumis à une juridiction arbitrale ou judiciaire ».

Les parties peuvent également faire référence à un Règlement de médiation. Elles pourraient alors prendre pour modèle la clause suivante :

« Les parties s'engagent en cas de différend résultant du présent contrat ou s'y rapportant à soumettre celui-ci à une procédure préalable de médiation. Le médiateur sera désigné d'un commun accord par les parties, conformément au règlement de médiation du Centre d'arbitrage et de médiation de ...

Ce n'est que si le différend n'a pas été réglé dans le cadre dudit règlement dans un délai de ... suivant le dépôt de la demande de médiation ou de tout autre délai dont les parties auraient convenu, que celui-ci pourra être soumis à une juridiction arbitrale ou judiciaire ».

La question demeure toutefois de savoir si le juge peut soulever d'office ce caractère préalable. Rien ne semble s'y opposer dans les termes de l'article 15 de l'AUM.

2. Limites au caractère obligatoire

a. Limite dans le temps

La première limite tient à la mention selon laquelle les parties auraient prévu ce préalable *« pendant une période spécifiée ou jusqu'à la survenance d'un événement spécifié »*.

Dans le cas contraire, il y a lieu de considérer que la tentative de résolution amiable du différend ne peut être maintenue que pendant un délai raisonnable. Il s'agit en fait de favoriser efficacement la tentative de résolution amiable du différend préalablement à la saisine éventuelle de l'arbitre ou du juge².

2. Voir C. POLI, « Ohada et médiation », Actualités du droit.fr/browse/afrique/ohada/10598.

b. L'exception en faveur des mesures provisoires et conservatoires

La seconde limite est prévue par l'alinéa 2 de l'article 15 qui prévoit que l'existence d'une clause de médiation préalable et obligatoire, et *a fortiori* sa mise en œuvre, ne prive pas les parties de la faculté d'engager pour la sauvegarde de leurs droits, des mesures à des fins provisoires et conservatoires.

Qu'elles soient provisoires ou conservatoires, ces mesures sont généralement prises pour éviter que les droits d'une partie au litige ne se perdent dans l'attente de la fin du procès.

Le régime des mesures provisoires en droit Ohada de l'arbitrage fait apparaître une compétence concurrente reconnue aux tribunaux étatiques et aux juridictions arbitrales pour les ordonner.

La compétence des juridictions étatiques pour prononcer des mesures provisoires ou conservatoires, même en présence d'une clause de médiation préalable obligatoire, ne fait aucun doute. Ni le médiateur ni le Centre de médiation ne dispose d'un quelconque pouvoir à cet effet.

Là encore, cette disposition n'est pas sans rappeler le dernier alinéa de l'article 13 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, lequel dispose que l'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle à ce qu'une juridiction étatique ordonne des mesures provisoires ou conservatoires dès lors que ces mesures n'impliquent pas un examen du fond du litige pour lequel seul le tribunal arbitral est compétent.

c. Et ce, sans condition d'urgence

L'article 15 de l'AUM ne subordonne le recours à des mesures provisoires ou conservatoires à aucune condition d'urgence, et ce contrairement à l'article 13 de l'Acte uniforme sur l'arbitrage, qui dispose : « *L'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle à ce qu'à la demande d'une partie, une juridiction étatique, en cas d'urgence reconnue et motivée ordonne des mesures provisoires ou conservatoires, dès lors que ces mesures n'impliquent pas un examen du litige au fond, pour lequel seul le tribunal arbitral est compétent* ».

Ce traitement différencié de la recevabilité par les juridictions étatiques des demandes de mesures provisoires ou conservatoires, basées sur l'urgence, ne nous apparaît pas justifié.

d. Le recours à des mesures provisoires ou conservatoires ne constitue pas pour autant une renonciation à la médiation

L'article 15 alinéa 2 prévoit en outre, avec pertinence, que l'engagement d'une telle procédure, provisoire ou conservatoire, ne doit pas être considéré comme une renonciation à la convention de médiation ni *a fortiori* comme mettant fin à celle-ci.

Cette précision a été apportée par le législateur Ohada afin d'éviter qu'une partie trouve dans l'initiative de l'autre partie, un moyen dilatoire pour contester ensuite la validité de la médiation.

En pratique, toutefois, ce risque apparaît peu important au regard du caractère volontaire du processus de médiation.

A contrario, ce sont plutôt les mesures conservatoires qui pourraient être contestées ; ces mesures étant le plus souvent ressenties par la partie défenderesse comme une « déclaration de guerre » mettant fin à tout rapprochement entre les parties.

3. Sanction du caractère obligatoire

a. L'Acte uniforme dispose que la juridiction saisie doit sursoir à statuer

Quelle sanction prévoir dans l'hypothèse où l'une des parties ne respecterait pas le caractère préalable de la médiation contractuellement prévue ?

Au regard des termes très clairs et précis de l'article 8-1 de l'Acte uniforme révisé sur l'arbitrage, la solution retenue est que le tribunal arbitral ou judiciaire doit sursoir à statuer « *pendant un délai qu'il estime convenable* », afin de permettre à la partie la plus diligente de mettre en œuvre cette étape de médiation.

Cette solution est à l'évidence la plus intelligente, dans la mesure où elle respecte à la fois la volonté des parties qui avaient inclus dans leurs prévisions contractuelles une clause de médiation préalable, et ne sanctionne pas pour autant la saisine du juge arbitral ou judiciaire par une décision d'irrecevabilité qui obligerait les parties à engager une nouvelle procédure dans l'hypothèse d'un échec de la médiation.

Toutefois, le texte ne nous dit pas ce qu'il advient dans l'hypothèse où nonobstant ce sursis à statuer, aucune partie n'entreprend de diligences pour mettre en œuvre la clause de médiation. Il appartiendra à la jurisprudence, et plus particulièrement à celle de la CCJA, de nous éclairer sur ce point.

b. La position de la jurisprudence française

Il y a lieu d'observer qu'en France, la Cour de cassation s'est montrée longtemps hésitante. Après avoir admis assez tôt que la clause de médiation pouvait constituer une fin de non-recevoir³, elle est revenue dans certains arrêts sur cette position, allant jusqu'à affirmer que le refus de se prêter à la médiation ne pouvait entraîner aucune sanction⁴.

3. Cass. 2^e civ., 15 janv. 1992, *Rev. arb.* 1992, p. 646 ; obs. D. COHEN ; dans le même sens : Cass. 2^e civ., 6 juill. 2000.

4. Cass. 1^{re} civ., 23 janv. 1992, *Bull. civ.* I, n° 1 ; Cass. 1^{re} civ., 6 mars 2001 : *Bull. civ.* I, n° 58 ; *RTD. civ.* 2001 p. 359, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

Finalement, soucieuse d'assurer à la fois le respect des engagements pris et l'efficacité des clauses de médiation, la Cour de cassation, dans un arrêt de sa chambre mixte du 14 février 2003, a décidé que : « *La clause du contrat instituant une clause de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge, dont la mise en œuvre suspend jusqu'à son issue le cours de la prescription, constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent* »⁵.

Cette solution a été suivie par la première chambre civile de la Cour de cassation, laquelle dans un arrêt du 30 octobre 2007 a jugé que : « *L'invocation d'une clause de conciliation préalable à toute action contentieuse constitue sur les termes de son inclusion dans un contrat d'exercice en commun, une fin de non-recevoir qui s'impose au juge [...]* »⁶.

La même juridiction a précisé sa position dans un arrêt du 8 avril 2009 : « *Une partie à un contrat ne peut, par avance, refuser une procédure de médiation qui n'a pas encore été mise en œuvre dès lors que la clause de médiation prévue au contrat n'a prévu la saisine du Tribunal qu'en cas d'échec ou de refus de la médiation* »⁷.

Toutefois, si la clause de médiation n'est pas invoquée par l'une des parties, il est clair que le juge n'a aucune obligation de la prononcer ; cependant, on peut se demander s'il n'aurait pas, cependant, le pouvoir de la soulever d'office⁸.

5. Cass. ch. mixte, 14 févr. 2003, *Bull. mixte* n° 1 p. 1 ; *D.* 2003, p. 1386-1391, note P. ANCEL et M. COTTIN ; *RTD. civ.* 2003, n° 2, p. 294-295, note J. MESTRE et B. FAGES.

6. Cass. 1^{re} civ., 30 oct. 2007, n° 06-13366.

7. Cass. 1^{re} civ., 8 avr. 2009, n° 08-10866.

8. Voir en ce sens L. CADIET, obs. *RTD civ.* 2003, p. 188.

Article 16. Exécution de l'accord issu de la médiation

Si, à l'issue de la médiation, les parties concluent un accord écrit réglant leur différend, cet accord est obligatoire et les lie. L'accord issu de la médiation est susceptible d'exécution forcée.

À la requête conjointe des parties, l'accord de médiation peut être déposé au rang des minutes d'un notaire avec reconnaissance d'écriture et de signatures. Le notaire en délivre, à la requête de la partie intéressée, une grosse ou une copie exécutoire.

À la requête conjointe des parties, ou, à défaut, à la requête de la partie la plus diligente, l'accord de médiation peut également être soumis à l'homologation ou à l'exequatur de la juridiction compétente. Le juge statue par ordonnance. Il ne peut modifier les termes de l'accord issu de la médiation.

La juridiction compétente se borne à vérifier l'authenticité de l'accord de médiation et fait droit à la demande dans un délai maximum de quinze (15) jours ouvrables à compter du dépôt de la demande.

Toutefois, l'homologation ou l'exequatur peut être refusé si l'accord de médiation est contraire à l'ordre public.

À défaut de décision dans le délai de quinze (15) jours visé au quatrième alinéa du présent article, l'accord de médiation bénéficie automatiquement de l'homologation ou de l'exequatur. La partie la plus diligente saisit le greffier en chef ou l'organe compétent qui appose la formule exécutoire. La partie adverse qui estime que l'accord de médiation est contraire à l'ordre public peut saisir la Cour commune de justice et d'arbitrage d'un recours contre l'acte d'homologation ou d'exequatur automatique dans les quinze (15) jours de la notification de l'accord revêtu de la formule exécutoire ; la Cour commune de justice et d'arbitrage statue dans un délai maximum de six (6) mois. Dans ce cas, les délais prévus par le Règlement de procédure de la Cour commune de justice et d'arbitrage sont réduits de moitié. Le recours est suspensif de l'exécution de l'accord.

La décision du juge qui accorde l'homologation ou l'exequatur n'est susceptible d'aucun recours. Celle qui refuse l'homologation ou l'exequatur ne peut faire l'objet que d'un pouvoir devant la Cour commune de justice et d'arbitrage, qui statue dans un délai maximum de six (6) mois.

Dans ce cas, les délais prévus par le Règlement de procédure de la Cour commune de justice et d'arbitrage sont réduits de moitié.

Les dispositions des alinéas 4, 5, 6 et 7 du présent article s'appliquent à l'accord issu d'une médiation intervenue en l'absence de procédure arbitrale en cours. Lorsque l'accord issu d'une médiation intervient alors qu'une procédure arbitrale est en cours, les parties ou la partie la plus diligente avec l'accord express de l'autre partie peuvent demander au tribunal arbitral constitué de constater l'accord intervenu dans une sentence d'accord-parties. Le tribunal arbitral statue sans débat, à moins qu'il estime nécessaire d'entendre les parties.

1. Le dénouement de la médiation

Aux termes de l'article 16, le processus de médiation peut prendre fin selon quatre voies : la signature d'un accord entre les parties, le constat par le médiateur de l'échec de la médiation, la décision conjointe écrite des parties de mettre fin à la médiation ou l'expression de la volonté d'une des parties de mettre fin à ce processus.

Les Règlements de médiation reprennent en substance le régime juridique de la transaction tel qu'il ressort du Code civil, à savoir, l'existence d'un écrit et de concessions réciproques ; l'homologation judiciaire de la transaction étant toujours possible, mais ne constituant pas à l'évidence une condition de celle-ci. Ainsi, pour Madame Isabelle Vaugon, plus de 80 % des dossiers de médiation aboutissent à un succès¹.

2. L'accord entre les parties

L'accord entre les parties peut être qualifié d'« accord » ou de « protocole d'accord ».

La qualification de « transaction » ou de « protocole transactionnel » peut apparaître plus contestable. Ainsi que le relève Amandine Ogoubi Akilotan, « *dans le cadre d'une médiation conventionnelle, les parties qui s'entendent sur la résolution de leur différend ne recherchent pas tant une solution équitable, mais une solution qui corrobore leurs attentes et intérêts personnels. Toute médiation conventionnelle n'entraîne pas (nécessairement) de concessions réciproques* »².

1. Voir I. VAUGON, « La médiation commerciale : une alternative aux systèmes judiciaires », *JADA*, 2011-1, p. 9.
2. Voir A. OGOUBI AKILOTAN, *L'introduction de la médiation conventionnelle dans l'espace Ohada*, mémoire master II, Paris I, p. 71.

3. L'intervention du médiateur à l'accord

L'article 16 privilégie l'entente entre les parties sans signature obligatoire de cet accord par le médiateur. Cette formule permet d'éviter que le médiateur ne se transforme en rédacteur d'un protocole transactionnel auquel il aura apposé sa signature et, par voie de conséquence, sur lequel il peut engager sa responsabilité.

En laissant au médiateur la liberté d'inscrire ou non son nom sur l'accord transactionnel, l'Acte uniforme maintient sa neutralité et son indépendance, et ce, quand bien même son intervention peut s'avérer opportune pour s'assurer que le contenu de l'accord transactionnel reflète bien la volonté des parties.

4. L'autorité de la chose jugée

L'accord de médiation est-il revêtu de l'autorité de chose jugée ? L'AUM est muet sur la question.

Rappelons que si l'autorité de la chose jugée est par principe attachée aux jugements, aux arrêts et aux sentences arbitrales, elle peut également bénéficier aux transactions dès lors que les conditions de l'article 2044 du Code civil sont réunies, et ce sous le contrôle éventuel du juge judiciaire.

Elle constitue un des principes du droit civil rappelé notamment par l'article 2052 du Code civil français.

L'autorité de la chose jugée bénéficiera à l'accord de médiation, dès lors que celui-ci présentera un caractère transactionnel, c'est-à-dire mentionnera clairement les concessions réciproques de chacune des parties.

Cette autorité de chose jugée est différente de la force de chose jugée, qui est un attribut de la décision juridictionnelle renforçant son caractère obligatoire.

Cette autorité de la chose jugée est également différente de l'effet résultant de l'homologation qui, seule, permet à l'accord de disposer de la force exécutoire.

La confusion est grande entre ces différentes notions, ainsi qu'on peut s'en rendre compte à l'examen de plusieurs Règlements d'arbitrage.

5. L'exécution volontaire de l'accord de médiation

L'ambition du processus de médiation est de rétablir la confiance entre les parties et de les conduire à exécuter spontanément l'accord de médiation.

Les parties se sont accordées à nouveau la confiance mutuelle, qui était à l'origine de leur relation contractuelle, et se proposent de respecter leurs

nouveaux engagements sur la seule foi de la parole donnée. Dès lors, l'exécution de l'accord de médiation devrait être que volontaire et se passer de toute procédure d'exécution forcée³.

6. L'exécution forcée de l'accord de médiation

L'article 16 de l'AUM dispose expressément que l'accord issu de la médiation est susceptible d'exécution forcée.

Cette précision est utile, car à la seule exception de l'article 15 du Règlement du CAMC-O, les Règlements de médiation n'apportent aucune précision, quant aux conditions permettant de conférer un caractère exécutoire à l'accord transactionnel signé sous les auspices des institutions de médiation concernées.

Certes, l'article 33.3 de l'AUVRE prévoit que les procès-verbaux de conciliation signés par le juge et les parties ont valeur de titre exécutoire. Cette disposition doit toutefois être interprétée restrictivement.

C'est ainsi que la CCJA, dans un arrêt du 27 mars 2008, a refusé la qualité de titre exécutoire à une décision du Conseil des Télécommunications de Côte d'Ivoire (CTCI), aux motifs que cette décision n'est qu'une simple résolution d'un conciliateur ; la compétence de conciliation et d'arbitrage est conférée au CTCI au premier degré, ce qui laisse les parties libres de porter leur litige à nouveau soit devant un arbitre, soit devant une juridiction de jugement⁴.

Il peut arriver cependant que l'une des parties ne souhaite pas exécuter l'accord. L'autre partie dispose alors de plusieurs possibilités :

- soit agir en résolution pour inexécution de cet accord ;
- soit à l'opposé, en demander l'exécution forcée.

Pour que l'exécution forcée se poursuive, cette partie devra recourir à l'autorité compétente, à savoir soit le juge à l'homologation, soit le notaire.

Il est constant toutefois qu'en soumettant tout ou partie de l'accord de médiation à l'homologation du juge judiciaire afin de lui donner une force exécutoire, la ou les parties renoncent par cela même à la confidentialité⁵ ; c'est pourquoi l'AUM, à l'instar de la loi burkinabé et de la loi ivoirienne, a prévu que l'homologation pouvait également être effectuée auprès d'un notaire, ce qui limite ainsi la publicité de l'accord.

3. Voir J. L. LASCOUR, *Pratique de la médiation, une méthode alternative à la résolution des conflits*, Éd. ESF, 2009, p. 21.

4. CCJA. 27 mars 2008 *Sté Côte d'Ivoire Telecom c/Sté Loteny Telecom* ; JurisOhada 1/2009, janv.-mars 2009, p. 22.

5. Voir F. VAN DER VLAUGEL, *Affiches parisiennes* n° 62, 27 mai 2011.

7. L'homologation notariée de l'accord de médiation

À la requête conjointe des parties, l'accord de médiation peut aussi être déposé au rang des minutes d'un notaire, avec reconnaissance d'écritures et de signatures. Le notaire en délivre alors une grosse ou une copie exécutoire. Cette seconde possibilité, qui figurait déjà dans la loi burkinabé sur la médiation, peut permettre de renforcer la confidentialité du processus.

Elle n'implique pas ainsi l'intervention du système judiciaire, tout en produisant les mêmes effets, puisque le notaire délivre à la partie intéressée une grosse ou la copie exécutoire de l'accord, documents qui permettront son exécution forcée.

8. Le recours au juge de l'homologation

L'article 16 prévoit qu'à la requête conjointe des parties ou à défaut à la requête de l'une d'entre elles, l'accord de médiation peut être soumis à l'homologation ou à l'exequatur de la juridiction compétente.

Ce n'est que face au risque d'inexécution de l'accord par l'une des parties que l'homologation sera sollicitée. Le juge devient alors un juge de l'exequatur de l'accord de médiation.

Certes, l'intervention du juge judiciaire ne sera qu'une formalité⁶.

Encore convient-il de savoir quel juge saisir pour cette homologation ? Par analogie avec l'arbitrage, on devrait s'en référer, soit au juge compétent pour accorder l'exequatur, désigné à cet effet dans chaque État Partie, soit au juge de droit commun.

Plusieurs États Parties à l'Ohada ont à ce jour légiféré pour désigner, au sein de leur organisation judiciaire, le juge compétent pour accorder l'exequatur aux sentences arbitrales : le Cameroun, avec la loi n° 2003/009 du 10 juillet 2003, la Côte d'Ivoire avec l'ordonnance n° 2012-158 du 9 février 2012, le Sénégal par décret n° 2016-1192 du 3 août 2016, le Togo avec la loi n° 2016-033 du 2 décembre 2016, le Burkina Faso par la loi n° 047-2017/AN du 14 novembre 2017. Dans les États Ohada n'ayant pas encore procédé à la désignation du juge compétent, celui est déterminé par application de leur Code de procédure civile.

9. L'étendue des pouvoirs du juge de l'homologation

Le juge n'est appelé que pour « homologuer l'accord », sans pouvoir modifier les termes de celui-ci ni refuser cette homologation pour un motif autre que la contrariété à l'ordre public.

6. Voir B. GORCHS, « Le contrôle judiciaire des accords de règlement amiable », *Rev. arb.* 2008, p. 14.

Cette règle est traditionnelle en matière d'homologation. Notons que le pouvoir du juge est ici encore beaucoup plus restreint, qu'en matière d'exequatur où l'Acte uniforme prévoit différentes possibilités pour le juge de s'opposer à celui-ci (mis pour l'exequatur).

L'homologation judiciaire a ainsi pour effet, de donner à l'accord sa force exécutoire et n'ouvre droit à aucun recours.

10. L'allongement des délais

L'avant-projet de l'AUM du 21 avril 2017 disposait : « *Le juge de l'homologation de l'exequatur se borne à vérifier l'authenticité et fait droit à la demande dans un délai maximum de sept (7) jours ouvrables à compter du dépôt de la demande. Toutefois, l'exequatur peut être refusé si l'accord de médiation est contraire à l'ordre public. À défaut de décision dans le délai de sept (7) jours, l'accord de médiation bénéficie automatiquement de l'homologation [...]* ».

Les délais de l'article 16 ont été portés de 7 à 15 jours par les experts des Commissions nationales, en considération des difficultés et aléas inhérents au fonctionnement de la justice des États Ohada.

C'est cette même considération qui a conduit le législateur Ohada à prévoir qu'à défaut de décision du juge dans les quinze jours, l'accord de médiation bénéficiait automatiquement de l'homologation ou de l'exequatur.

11. Les recours à l'encontre de l'ordonnance d'homologation

L'article 16 dispose expressément que la décision du juge qui accorde l'homologation ou l'exequatur n'est susceptible d'aucun recours. Celle qui refuse l'homologation ou l'exequatur ne peut faire l'objet que d'un pourvoi en cassation devant la Cour commune de justice et d'arbitrage, qui statue dans un délai maximum de 6 mois.

Certes, l'Acte uniforme ne précise pas la qualification de l'ordonnance d'homologation rendue par le juge. En assimilant cette ordonnance à un acte juridictionnel, mais en limitant les recours au seul pourvoi en cassation, il considère cette ordonnance comme rendue en dernier ressort. Le choix ainsi opéré par le législateur Ohada doit être approuvé, en ce qu'il témoigne d'une recherche d'efficacité.

Article 17. Application du présent Acte uniforme

Le présent Acte uniforme tient lieu de loi relative à la médiation dans les États Parties. Il n'est applicable qu'aux procédures de médiation consacrées après son entrée en vigueur.

Voir commentaires à l'article 18 ci-après.

Article 18. Publication et entrée en vigueur

Le présent Acte uniforme sera publié au *Journal officiel de l'Ohada* dans un délai de soixante (60) jours à compter de son adoption. Il sera également publié au *Journal officiel des États Parties*.

Il entre en vigueur quatre-vingt-dix (90) jours à compter de sa publication au *Journal officiel de l'Ohada*.

1. Effet direct de l'Acte uniforme relatif à la médiation

L'effet direct des Actes uniformes se trouve déjà clairement affirmé par l'article 10 du Traité de l'Ohada¹ ; aussi, peut-on s'interroger sur l'utilité de ce premier alinéa de l'article 17.

La CCJA a déjà eu l'occasion de préciser la portée d'une telle disposition. Dans un avis du 30 avril 2001, rendu à la demande de la République de la Côte d'Ivoire, elle a précisé, concernant l'effet abrogatoire des Actes uniformes sur le droit interne, que « *l'article 10 du Traité de l'Ohada contient une règle de supranationalité parce qu'il prévoit l'application directe et obligatoire dans les États Parties des Actes uniformes et institue, par ailleurs, leur suprématie sur les dispositions de droit antérieures ou postérieures* »².

L'article 10 du Traité contient bien une règle générale portant abrogation du droit interne par les Actes uniformes.

Ainsi se trouve levée toute équivoque : la disposition abrogatoire de l'article 17 alinéa 1 de l'AUM, comme les dispositions identiques ou similaires des autres Actes uniformes rédigées dans des termes identiques sont supréfétatoires, au regard du principe énoncé par l'article 10 Traité de l'Ohada³.

2. Publication au *Journal officiel de l'Ohada*

L'Acte uniforme relatif à la médiation a été signé en date du 23 novembre 2017.

Il a été publié au *Journal officiel de l'Ohada* le 15 décembre 2017 et est entré en vigueur le 15 mars 2018 dans l'ensemble des États Parties.

-
1. Les Actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les États Parties, nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure.
 2. CCJA, avis n° 2/1999/EP, 13 oct. 1999 : Ohadata-J-02-02, obs. J. ISSA-SAYEGH ; voir aussi P. AGBOYIBOR, *RDAI* 1999, p. 924-926.
 3. Voir AUA, art. 35 ; AUVRE, art. 336 ; AUSGIE, art. 916 et 917 ; AUS, art. 150 ; AUPC, art. 257 ; AUDCG, art. 1 al. 1.

Table des matières

Les auteurs	5
Préface	7
Avant-propos	9
Remerciements	13
Liste des abréviations	19

PREMIÈRE PARTIE

COMMENTAIRES DE L'ACTE UNIFORME RELATIF AU DROIT DE L'ARBITRAGE DU 23 NOVEMBRE 2017

Chapitre 1 Champ d'application

Article 1 – Définitions	27
Article 2	32
Article 3	39
Article 3-1	44
Article 4	47

Chapitre 2 Constitution du tribunal arbitral

Article 5	52
Article 6	55
Article 7	60
Article 8	68

Chapitre 3 L'instance arbitrale

Article 8-1	73
Article 9	75
Article 10	78
Article 11	80
Article 12	84
Article 13	87
Article 14	95
Article 15	104
Article 16	106
Article 17	108
Article 18	109

Chapitre 4 La sentence arbitrale

Article 19	110
Article 20	112
Article 21	114
Article 22	115
Article 23	118
Article 24	120

Chapitre 5 Recours contre la sentence arbitrale

Article 25	121
Article 26	125
Article 27	138
Article 28	141

Article 29	142
Chapitre 6 Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales	
Article 30	144
Article 31	145
Article 32	149
Article 33	151
Article 34	152
Chapitre 7 Dispositions finales	
Article 35	153
Article 36	155

DEUXIÈME PARTIE

COMMENTAIRES DU RÈGLEMENT D'ARBITRAGE DE LA CCJA

Chapitre 1 Attributions de la Cour commune de justice et d'arbitrage en matière d'arbitrage

Article premier – Exercice par la Cour de ses attributions	162
---	-----

Chapitre 2 Procédure devant la Cour commune de justice et d'arbitrage

Article 2 – Mission de la Cour commune de justice et d'arbitrage	167
Article 3 – Désignation des arbitres	171
Article 4 – Indépendance, récusation et remplacement des arbitres ..	175
Article 5 – Demande d'arbitrage	183
Article 6 – Réponse à la demande	186
Article 7 – Réponse à la demande reconventionnelle	187
Article 8 – Provision pour frais de l'arbitrage	188
Article 8-1 – Intervention forcée	190

Article 8-2 – Intervention volontaire	192
Article 8-3 – Pluralité des parties	193
Article 8-4 – Pluralité de contrats.....	194
Article 9 – Absence de convention d'arbitrage	195
Article 10 – Effets de la convention d'arbitrage	197
Article 10-1 – Mesures provisoires	201
Article 11 – Provision pour frais de l'arbitrage	204
Article 12 – Notification, communication et délais	208
Article 13 – Siège de l'arbitrage	210
Article 14 – Confidentialité de la procédure	212
Article 15 – Procès-verbal de cadrage	213
Article 16 – Règles applicables à la procédure	216
Article 17 – Loi applicable au fond.....	217
Article 18 – Demandes nouvelles	219
Article 19 – Instruction de la cause	220
Article 19-1 – Clôture de la procédure arbitrale	223
Article 20 – Sentences d'accord parties	224
Article 21 – Exception d'incompétence	225
Article 21-1 – Étape préalable à l'arbitrage	227
Article 22 – Sentence arbitrale	229
Article 23 – Examen préalable par la Cour	231
Article 24 – Décision sur les frais de l'arbitrage	233
Article 25 – Notification de la sentence	236
Article 26 – Interprétation, rectification ou complément de la sentence	237

Article 27 – Autorité de chose jugée et exécution provisoire	240
Article 28 – Dépôt et sanction légale de la sentence	242
Chapitre 3 Recours en annulation, reconnaissance et exécution forcée des sentences arbitrales	
Article 29 – Recours en annulation	243
Article 30 – Exequatur	262
Article 31 – Formule exécutoire	265
Article 33 – Tierce opposition	267
Article 34 – Dispositions finales.....	268

TROISIÈME PARTIE

COMMENTAIRES DE L'ACTE UNIFORME RELATIF À LA MÉDIATION DU 23 NOVEMBRE 2017

<i>Section 1. L'essor d'une culture de négociation.....</i>	<i>270</i>
§ 1. La médiation, mode de résolution des différends	270
A. Un moyen intelligent et efficace	270
B. La culture du litige.....	270
C. Le constat du besoin de mode amiable de résolution des litiges.....	271
§ 2. La médiation et les autres méthodes de règlement des différends.....	271
A. Les approches du différend	271
B. Une préférence des praticiens pour les modes alternatifs.....	272
C. De nombreuses techniques de négociation	272
D. Un bel avenir pour les modes alternatifs	273
<i>Section 2. L'intégration de la médiation dans le droit des États</i>	<i>274</i>
§ 1. En droit international	274
A. La loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale	274
B. L'influence de la loi type de la CNUDCI	274
C. Le Règlement de conciliation de la CNUDCI	275
D. Le Règlement de médiation de la Chambre de commerce internationale (CCI)	275
§ 2. La médiation en Afrique, hors espace Ohada	275
A. L'Afrique, une terre de médiation	275

B. L'influence du droit musulman dans les modes de résolution des différends en Afrique	276
C. La médiation au Maroc	277
D. La médiation au Nigéria et au Ghana	278
§ 3. La médiation dans l'espace Ohada, avant l'Acte Uniforme	278
A. L'introduction de la médiation au Burkina Faso par la loi du 17 décembre 2012	278
B. La loi ivoirienne relative à la médiation du 20 juin 2014	280
C. La procédure de conciliation dans l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (AURVE)	280
D. La tentative de conciliation en matière de saisie des rémunérations	281
E. L'Acte uniforme sur le droit commercial général introduit pour la première fois, dans sa réforme de 2010, une référence directe à la médiation	281
F. La conciliation préventive dans l'Acte uniforme sur les procédures collectives	282
§ 4. L'Acte uniforme sur la médiation	283
A. La naissance de l'Acte uniforme sur la médiation en droit Ohada	283
B. La publication et l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme relatif à la médiation	284

Chapitre 1 Définitions et champ d'application

Article 1. Définitions	285
Article 2. Champ d'application	291

Chapitre 2 Procédure de médiation

Article 3. Médiation institutionnelle	298
Article 4. Début de la procédure de médiation	305
Article 5. Nombre et désignation des médiateurs	311
Article 6. Statut du médiateur	312
Article 7. Conduite de la médiation	324
Article 8. Principes directeurs de la médiation	331
Article 9. Échanges entre le médiateur et les parties	334

Article 10. Confidentialité	336
Article 11. Recevabilité des éléments de preuve dans une autre procédure	339
Article 12. Fin de la procédure de médiation	341
Article 13. Frais de la médiation	344
Article 14. Incompatibilités	348
Article 15. Recours à une procédure arbitrale ou judiciaire	350
Article 16. Exécution de l'accord issu de la médiation.....	356
Article 17. Application du présent Acte uniforme	362
Article 18. Publication et entrée en vigueur	363



Impression & brochage - France

Numéro d'impression : N21275180502- Achevé d'imprimer : Juin 2018

Dépôt légal : Juillet 2018



Le nouveau droit de l'arbitrage et de la médiation en Afrique (Ohada)

Le 15 mars 2018, sont entrés en vigueur trois textes majeurs qui renforcent et modernisent le dispositif de l'Ohada en matière de règlement alternatif des différends :

- un nouvel Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage qui se substitue à l'Acte uniforme du 11 mars 1999 et renforce la transparence, la célérité et l'efficacité des procédures arbitrales dans l'espace Ohada ;
- un Règlement d'arbitrage révisé de la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA), qui vise à renforcer l'indépendance et la compétitivité du Centre d'arbitrage de la CCJA à travers une meilleure harmonisation du Règlement avec l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage et aux meilleures pratiques internationales ;
- un dixième Acte uniforme, relatif à la médiation, afin de combler le vide législatif existant en la matière dans la plupart des États membres de l'Ohada et promouvoir ce processus amiable de règlement des différends.

Ces nouveaux textes sont de nature à renforcer la confiance des investisseurs et améliorer significativement le climat des affaires dans l'espace Ohada. Ils sont présentés en la forme des Actes et Règlement tels que publiés et commentés article par article par trois éminents experts du droit Ohada :

- Jean-Marie TCHAKOUA, agrégé des facultés de droit, est professeur titulaire à l'Université de Yaoundé II. Le professeur Tchakoua a une riche expérience d'enseignement et de recherche, notamment sur les modes alternatifs de règlement des différends. Il est arbitre au Centre d'arbitrage de la CCJA et au GICAM ;
- Narcisse AKA a été magistrat, puis avocat. Il a été Secrétaire général de la Cour d'arbitrage de Côte d'Ivoire (CACI) de 1996 à 2004. Depuis février 2014, il est le Secrétaire général de la CCJA-Ohada et formateur dans des universités publiques et privées ;
- Maître Alain FÉNÉON est avocat (H) au Barreau de Paris. Rédacteur du premier projet d'Acte uniforme sur l'arbitrage, puis de plusieurs autres textes sur l'arbitrage et la médiation, il a enseigné le droit Ohada, notamment à Sciences Po Paris. Il exerce en qualité d'arbitre auprès de la CCI et de la CCJA, est spécialisé en arbitrage investissement et intervient comme médiateur international et expert en droit Ohada.

Cet ouvrage est à l'évidence indispensable à tous les praticiens de l'arbitrage et de la médiation Ohada : magistrats, avocats, juristes d'entreprise, professionnels du droit, enseignants et étudiants.



9 782275 060767

www.lextenso-editions.fr

ISBN 978-2-275-06076-7 60 €